



**Centro Universitário de Brasília**

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

CAMILA DE FREITAS DIAS

## **CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

BRASÍLIA

2019

CAMILA DE FREITAS DIAS

## **CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Trabalho de monografia apresentado como requisito de conclusão no curso de graduação em Direito, pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Professora Doutora Christine Oliveira Peter da Silva.

Brasília

2019

CAMILA DE FREITAS DIAS

## **CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Trabalho de monografia apresentado como requisito de conclusão no curso de graduação em Direito, pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Professora Doutora Christine Oliveira Peter da Silva.

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Dra. CHRISTINE OLIVEIRA PETER DA SILVA

Orientadora

---

Examinador

Aos meus pais, irmão e companheiros de vida, que me ajudaram nessa jornada.

Agradeço a Deus, por estar sempre abençoando e iluminando meu caminho.

À minha mãe, Andra, que mesmo já não estando mais presente há tanto tempo, está me protegendo e guiando, onde quer que esteja.

Ao meu pai, Renato, por toda luta para me ajudar a chegar onde cheguei, por todo suporte e amor incondicionais, sem os quais essa jornada não teria sido possível.

Às pessoas especiais, que tanto me apoiaram e ajudaram nessa caminhada, estando comigo nos momentos que alegrias e tristezas.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo fazer uma revisão bibliográfica acerca da temática das políticas públicas, demonstrando sua conexão com a ideologia do ativismo no âmbito do sistema judiciário, bem como mostrando a relação com a doutrina da separação de poderes. O mecanismo das políticas públicas demanda muito mais ações por parte do Legislativo e Executivo, durante o seu ciclo, do que do Judiciário em si. Contudo, em decorrência da atuação falha do Poderes encarregados pela formulação e efetivação das políticas públicas, se faz necessário um controle jurisdicional, para averiguar a necessidade de atualização e melhora das políticas públicas já implementadas, bem como da demanda por criação de políticas públicas nas áreas que se encontram carentes de atenção. Através de análise documental dos casos concretos no âmbito dos tribunais superiores e explorando os conceitos de autores como Maria Paula Dallari Bucci e Ana Paula de Barcellos, bem como Nuno Piçarra, Bruce Ackerman e ainda Elival da Silva Ramos, compreende-se que o ativismo jurisdicional é uma ideia que tem muitos mais a acrescentar à doutrina de separação de poderes, principalmente em se tratando da temática de políticas públicas, sendo uma forma de proteção da própria Constituição e seus preceitos.

**Palavras-chave:** Políticas Públicas. Direitos Fundamentais. Separação de Poderes. Ativismo Judicial.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
<b>1. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>12</b>
1.1 Das Políticas Públicas.....	12
1.2 Do ciclo das Políticas Públicas.....	16
1.3 Dos Direitos Fundamentais e sua conexão com as Políticas Públicas.....	22
<b>2. DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>27</b>
2.1 Do Princípio da Separação de Poderes.....	27
2.1.1 A evolução histórico-jurídica da doutrina.....	27
2.1.2 O Poder como elemento único e a divisão das suas funções essenciais ao Estado....	32
2.2 Do Ativismo Judicial ao Ativismo Constitucional.....	34
2.2.1 Leitura conceitual da ideologia ativista.....	34
2.2.2 A atuação do Poder Judiciário em meio ao excesso de judicialização de demandas e da utilização da opção ativista.....	36
2.3 O Ativismo Judicial em contraponto ao Princípio da Separação de Poderes.....	41

<b>3. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>44</b>
3.1 Judicialização de Políticas Públicas.....	44
3.2 Análise de casos nas Cortes Superiores brasileiras.....	47
3.2.1 <i>Exemplos em Direitos Fundamentais</i> .....	47
3.2.1.1 Direito à Educação.....	47
3.2.1.2 Direito à Moradia e ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado.....	49
3.2.1.3 Direito à Vida e à Saúde.....	51
3.2.1.3.1 Tema 698 de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal - Direito à Vida e à Saúde.....	52
3.2.1.3.2 Tema 106 de Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça - Direito à Vida e à Saúde.....	54
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	59



## INTRODUÇÃO

O cenário jurídico e político atualmente se encontra, de certa forma, em desconexão quando adentram o campo das políticas públicas. O presente trabalho tem por objeto o princípio da separação de poderes em confronto com a atuação do Poder Judiciário na área de políticas públicas.

Surge o interesse no tema justamente pelo fato de que não possui tanto a atenção acadêmica, pois é visto de um panorama mais geral. Isso porque o campo das políticas públicas não é um ramo apenas jurídico, mas, sim, interdisciplinar, não sendo analisado academicamente de forma mais específica sob prisma do Direito.

Sendo as políticas públicas a forma pela qual é possibilitada aos indivíduos o exercício de seus direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, sendo de interesse de todo o corpo social uma análise mais detalhada de como ocorre seu ciclo, é

necessária devida atenção quanto a como ocorre o exercício das competências de cada Poder e como elas devem ser limitadas.

Do ponto de vista do Poder Judiciário é ainda mais importante deixar claro quais são os limites de sua atuação, tendo em vista que o mecanismo mais utilizado por ele para realizar suas funções nesse ciclo é o ativismo judicial, o qual pode prejudicar a ideia de separação de poderes, um dos pilares fundamentais da Constituição e do Estado Constitucional-Democrático.

Portanto, o presente trabalho tem por objetivo buscar uma resposta para o questionamento acerca do cabimento do controle jurisdicional de políticas públicas diante do princípio da separação de poderes, sem que haja um desrespeito ao pacto federativo. Para isso, a questão central é definir a atuação do Poder Judiciário dentro do campo das políticas públicas, este que é o meio constitucionalmente estipulado para concretização dos direitos considerados fundamentais, e como a prática do ativismo judicial como instrumento decisório que pode aliar na função do princípio da separação de poderes, um dos pilares da Constituição.

Para que a missão seja cumprida e que atinja seu objetivo, a metodologia a ser utilizada será pesquisa doutrinária e revisão bibliográfica, com pesquisas documentais, principalmente decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, tanto em casos concretos isolados quanto em temas de repercussão geral e no rito de recursos repetitivos, em tratando-se de um descritivo-explicativo.

Sendo utilizadas as ideias de autores como Maria Paula Dallari Bucci<sup>1</sup> e Ana Paula de Barcellos<sup>2</sup> para área das políticas públicas e Nuno Piçarra e Bruce Ackerman<sup>3</sup> para a delimitação da matéria quanto a separação de poderes, e, ainda, Elival da Silva Ramos<sup>4</sup>, para a discussão quanto a ideia de ativismo judicial.

No primeiro capítulo, será trabalhado o conceito de políticas públicas sob a visão dos mais diversos autores, como Maria Paula Dallari Bucci e Ana Paula de Barcellos. Isso porque, por se tratar de um campo multidisciplinar, não há apenas um

---

<sup>1</sup> Através de obras como “Direito Administrativo e Políticas Públicas”.

<sup>2</sup> Por intermédio das obras “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas” e “Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político – Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático”.

<sup>3</sup> Utilizando de obras como “A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional” e “A Nova Separação de Poderes”.

<sup>4</sup> Por meio da obra “Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos”.

ponto de vista consolidado, sendo necessário passar pelas mais diversas definições para entender, principalmente, a importância e a finalidade da utilização desse instrumento dentro da sociedade.

O próximo passo, ainda no primeiro capítulo, após compreender o que são as políticas públicas, será trabalhado como elas funcionam, o que seria o ciclo delas: como começam, para que servem, como atingem sua finalidade. Portanto, é necessário explicar suas etapas e como operam para que seja considerada como algo que atingiu a sua devida finalidade.

Por fim, será demonstrada a relação entre as políticas públicas e os direitos fundamentais, estes que são constitucionalmente assegurados a todos e aquelas como seu meio de assegurar o exercício.

No segundo capítulo, vai-se trabalhar com a ideia de ativismo judicial, como e porque ocorre esse fenômeno jurídico, buscando demonstrar a origem e definir seu conceito no mundo contemporâneo.

Ainda dentro dessa fase, será analisado o tópico da separação de poderes, um dos pilares da República Federativa do Brasil, previsto no artigo segundo da Constituição, e seu instrumento dos freios e contrapesos entre os tais Poderes, para mantê-los independentes e harmônicos.

O capítulo final tem por intuito conectar todos os tópicos, de forma a demonstrar como a atuação do Poder Judiciário, através principalmente do ativismo jurisdicional, nas decisões acerca das políticas públicas, pode ser um aliado da doutrina de separação de poderes, tendo em vista que o argumento utilizado é que essa ideologia ativista proporcione com mais efetividade e concretude o exercício dos direitos fundamentais.

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente trabalho tem por intuito apresentar o assunto do ponto de vista do debate acadêmico e doutrinário como ocorre o controle exercido pelo Poder Judiciário na área das políticas públicas em auxílio com o princípio da separação de poderes.

Não se pretende esgotar o assunto, mas pelo contrário, estimular a reflexão e o debate. Vamos juntos?

## **1. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

No atual cenário de diversos conflitos de natureza social, acentuadas pelo aspecto difuso, a política, de um panorama geral, se mostra o caminho do diálogo buscando uma solução dos problemas públicos. Nesse ambiente, a ideia de políticas públicas, estas que são tomadas de medidas que buscam sanar as demandas político-sociais da população, decorrendo não só da atuação de atores políticos na área pública, como também contando com o auxílio de atores do âmbito privado, ganham mais destaque.<sup>5</sup>

Quando se menciona esse tópico, já se tem a ideia de que está tratando da esfera pública, esta que pode ter diversas dimensões, seja local ou nacional. Portanto, é

---

<sup>5</sup> CRISTINELIS, Marco Falcão. Políticas Públicas e Normas Jurídicas. 1ª ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012. p. 43.

um instrumento que foge dos parâmetros privados, vendo o indivíduo não como um só, mas voltado para a coletividade.<sup>6</sup>

Contudo, ao falar na esfera pública, não está tratando apenas do Estado, mas, sim, de tudo que se refere a coisa pública.<sup>7</sup> Isso quer dizer que as tomadas de decisões não são feitas apenas pelo governo, mas também pelos cidadãos, podendo trazer inclusive elementos privados para à área das deliberações e ações públicas.<sup>8</sup>

### **1.1. Das Políticas Públicas**

As políticas públicas são entendidas como uma escolha pública ou decisão política realizada por um ator público do Poder Legislativo ou Executivo. Portanto, surgem como uma forma de os decisores políticos, apesar das limitações econômicas e ideológicas para consolidação dessas, direcionarem e firmarem meios para proporcionar a prosperidade dentro da sua sociedade, buscando solucionar problemas e concretizar resultados efetivos.<sup>9</sup>

Portanto, podem ser vistas como uma atividade política guiada por princípios e regras em busca de um objetivo decorrente de uma necessidade do Estado, sendo assim, são consideradas como decisões políticas cogentes, dotadas de ordem em função de sua legitimidade reconhecida.<sup>10</sup>

Para Ana Paula Barcellos, as ações estatais, decorrentes do exercício do Poder Público, que são construídas através de um conjunto de atividades para materializar os direitos previstos na Constituição, em especial quanto aos direitos fundamentais, são as chamadas políticas públicas. Sendo assim, as políticas públicas são um conjunto de atos materiais que vão buscar trazer determinado direito, este que já possui previsão jurídico-legal, para a realidade.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p. 11.

<sup>7</sup> Termo utilizado para designar o latim *Res publica*, o que seria tudo aquilo que pertence ao povo.

<sup>8</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p. 14.

<sup>9</sup> SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 66-85.

<sup>10</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p.12-13.

<sup>11</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Revista de Direito Administrativo, p. 83-103, abr/jun 2005. p. 90.

Apresentam-se justamente como um mecanismo para viabilizar a promoção dos direitos fundamentais dentro da sociedade, consistindo em atividades concretas preparadas e incrementadas pelo próprio Poder Público. Esse instrumento possui tanto traços públicos como privados, de modo a atingir os objetivos de grande importância social, sendo politicamente determinados.<sup>12</sup>

Celina Souza apresenta uma forma de conceituação mais concreta:

“Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato”<sup>13</sup>.

Para Hector Cury Soares, as políticas públicas não se restringem apenas ao governo, mas podem ser vistas do prisma de toda atividade estatal, sendo um ato contínuo, não se contendo apenas quando decretada, mas também através de suas consequências, seja na execução quanto avaliação, por exemplo. Devendo ser assistido todo seu processo de forma a confirmar que seus objetivos sociais, econômicos e políticos estão sendo atingidos.<sup>14</sup>

Uma política pública passa a ser um agrupamento de medidas formais e informais decorrentes de uma relação de poder, tanto pública quanto com elementos particulares, resultando uma coleção de decisões e atividades relacionadas a destinação de valores a um determinado campo de atuação do Estado<sup>15</sup>.

A concretização desses institutos depende de vários fatores e enfrentam diversos tipos de dificuldades, desde a falta de informações ou recursos financeiros, ou a prestações destas de forma irregular, a promoção de interesses pessoais daqueles que tomam as decisões, o que acaba por colocar em detrimento à maximização da qualidade de vida em sociedade.

---

<sup>12</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político – Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático. Revista de Direito do Estado, Ano 1, p. 17-54, jul/set 2006. p.18-20.

<sup>13</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. 1ª ed - São Paulo. Saravia, 2006. p. 241.

<sup>14</sup> SOARES, Hector Cury. O controle de constitucionalidade das políticas públicas no Brasil e a importação de modelos de controle de constitucionalidade pela Constituição de 1988. Revista DEBATES. Porto Alegre, v.6, n. 2, pg. 151-172, maio-ago 2012. Disponível em <<http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/26110/19977>>. Acesso em 18 mar. 2018.

<sup>15</sup> CRISTINELIS, Marco Falcão. Políticas Públicas e Normas Jurídicas. 1ª ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012. p. 44.

A atuação positiva ou negativa do Estado ao delimitar quais serão aquelas escolhidas em detrimento de outras, bem como a forma de operar e proceder de forma evasiva quanto a certas temáticas, são resultado da influência dos fatores reais de poder. Isso ocorre porque certos temas não agregam ao interesse, seja pelo viés econômico, seja pelo lado das idealizações e convicções dos encarregados.

De acordo ainda com Celina, tal campo pode ser visto como multidisciplinar, não se resumindo mais apenas às ciências políticas, por mais que seja um objeto desta, mas também abrangendo outras áreas do saber, como o campo da economia e direito, para sua atuação. Bem como, apesar do seu caráter holístico<sup>16</sup>, não fica desprovido de coerência teórica e metodológica, mas pode, na verdade, comportar várias interpretações<sup>17</sup>.

Sendo assim, esses mecanismos constituem o meio de efetivar determinados direitos, principalmente aqueles tidos como fundamentais e elencados pela Constituição, do ponto de vista da ciência política, são como algo que somente o Executivo e Legislativo poderiam pautar. Porém, vê-se que agora a ciência jurídica também tem um papel nesse espaço.

“Por sua vez, para a ciência jurídica, as políticas públicas são definidas como standard que tem um objetivo social, econômico e político a ser atingido, fruto de uma conformação com o ordenamento jurídico-constitucional, (...), a política pública para a ciência jurídica assume uma feição finalística. A política pública envolve todos da atividade estatal e não apenas o governo”<sup>18</sup>.

Maria Paula Dallari Bucci disserta sobre a relação das políticas públicas com a concepção dos fatores reais de poder de Lassalle, onde deve ser considerado período histórico onde está sendo implantada tal mecanismo, verificando quais os interesses que devem ser satisfeitos naquela situação e época. A autora disserta que a perspectiva do ator político depende do local e posição que se encontra no corpo social,

---

<sup>16</sup> Quando um campo busca entender de forma integral os acontecimentos que lhe ocorrem.

<sup>17</sup> SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 26.

<sup>18</sup> SOARES, Hector Cury. O controle de constitucionalidade das políticas públicas no Brasil e a importação de modelos de controle de constitucionalidade pela Constituição de 1988. Revista DEBATES. Porto Alegre, v.6, n. 2, pg. 151-172, maio-ago 2012. Disponível em <<http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/26110/19977>>. Acesso em 18 mar. 2018. p. 161.

daí baseia-se as noções que serão aplicadas. A ideia passa a ser sempre a de manutenção da ordem social e política<sup>19</sup>.

Celina traz a classificação, criada por Theodor Lowi para as políticas públicas, estas podem ser: distributiva, redistributiva, regulatória ou constitutivas<sup>20</sup>.

Uma política distributiva consiste na alocação de bens e serviços, porém desconsiderando a questão de limitação de recursos, e, conseqüentemente, sendo de forma muito específica a determinados núcleos da sociedade, podendo deixar outros de fora. Já as redistributivas buscam o contrário da anterior, pois têm a intenção de atingir um maior número de indivíduos, contudo, para isso utiliza recursos que serão retirados de outros grupos específicos, se tornando, portanto, mais difícil dar seguimento a segunda categoria.<sup>21</sup>

As políticas regulatórias são aquelas que impõem referências de como devem proceder com certos comportamentos ou atividades perante os atores políticos. Já as constitutivas, também chamadas de constitucionais ou estruturadoras, estão ligas aos procedimentos, isto é, definem as normas relacionadas às outras políticas, como estas deverão ser elaboradas e implementadas, portanto, diz respeito ao ciclo das demais.<sup>22</sup>

## **1.2. O ciclo das Políticas Públicas**

O ciclo de uma política pública se baseia em todo o acompanhamento realizado, desde a sua implementação até o momento em que apresenta efeitos concretos em relação a demanda que lhe deu origem. Em busca de alcançar seu objetivo quanto a agenda governamental, devem levar em conta elementos políticos, financeiros, havendo uma sistematização, para concentrar e controlar o ponto de criação até a efetivo resultado. Isso seria o chamado ciclo de política pública.

Para a criação e implementação devem ser levados em consideração critérios de racionalidade em razão da limitação de recursos que o Estado tem a seu

---

<sup>19</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. 1ª ed - São Paulo. Saravia, 2006. p. 242.

<sup>20</sup> SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006, p.28.

<sup>21</sup> SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006, p.28.

<sup>22</sup> SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006, p.28.



dispor. Uma política pública não vai ser capaz de abranger todos os indivíduos ou a totalidade da coletividade, mas apenas alguns, isso em razão da reserva do possível<sup>23</sup>.

Então, entende-se que a ideia será sempre conseguir alcançar todos que necessitam daquela política, mas isso pode se tornar impossível em razão dessa quantidade limitada de fundos, sendo assim, ele elemento da restrição de meios deve ser sempre levado em consideração.

A área de atuação das políticas públicas pode ser tanto de tamanho nacional, estadual ou municipal. Aquelas que são de prerrogativa da União<sup>24</sup> se relacionam tanto com o âmbito interno quanto externo do Estado Brasileiro, estando ligadas às áreas de segurança e defesa nacional e tratados internacionais, e o restante fica a cargo das outras esferas.<sup>25</sup>

As demandas que resultam em políticas públicas, estas denominadas *outputs*, podem advir tanto de manifestações externas, os chamados *imputs*, ou aquelas que vêm de dentro do próprio sistema político, os chamados *withinputs*. E, assim, entende-se que a atividade política está voltada a responder a essas necessidades demonstradas através de: uma demanda, originada seja de elemento externo ou interno ao ambiente político, e um Estado que vai fornecer uma solução.<sup>26</sup>

As políticas públicas podem aparecer através de dois modelos: o modelo incremental e o modelo racional-compreensivo. Quanto ao primeiro, são pequenas mudanças e paulatinas, de modo a se restringir a reserva do possível, isto é, sempre vai existir um limite do que pode ser alocado em dado momento, pois não há uma liberdade total por parte do governo para mover recursos públicos. Sendo assim, nesse cenário,

---

<sup>23</sup> Reserva do possível trata da ideia de limitação quanto o cumprimento do exercício de direitos fundamentais, pautada na redução e escassez dos recursos que serão destinados a execução das políticas públicas destinadas a isso. Portanto, em razão dos recursos limitados, as políticas devem sempre se ater a reserva do possível, e, consequentemente, não vão conseguir abranger todos os indivíduos.

<sup>24</sup> São as chamadas *high politics*, aquelas de primeiro nível. No caso dos Estados e Municípios, trata-se das *low politics*, aquelas de segundo nível.

<sup>25</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012. p.29/30.

<sup>26</sup> CRISTINELIS, Marco Falcão. Políticas Públicas e Normas Jurídicas. 1ª ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012. p.44/45.

não seria possível uma resposta impecável a demanda, pois há um curto alcance da solução.<sup>27</sup>

Já o segundo modelo seria o oposto, pois aqui se trata de medidas de longo alcance com uma maior quantidade de recursos voltado para atender determinada demanda. Outra diferença seria que, enquanto no modelo incremental as decisões são tomadas de forma mais rápida, no modelo racional-compreensivo o processo se torna mais lento, justamente por haver uma logística mais sofisticada por trás do que for decidido.<sup>28</sup>

De acordo com Marco Falcão, para determinar se uma política pode vir a ser bem-sucedida, deve-se levar em consideração uma lista de fatores como: se os objetivos estão bem delimitados; o motivo de sua formulação é adequado; a implementação está ocorrendo de forma apropriada; os recursos são suficiente para todo o curso do ciclo; identificação dos atores.<sup>29</sup>

Os indivíduos ou grupos enquadrados no termo atores políticos são aqueles que participam do processo de formulação das políticas públicas e possuem como função essencial levar a construção delas, influenciando as políticas fundamentais, seja para defesa de seus interesses ou de outros, através dos mais diversos meios.<sup>30</sup>

Partindo da ideia de correlação de forças<sup>31</sup>, havendo a diversificação dos atores em determinadas áreas, o que significa várias percepções diferentes, pode acarretar em maiores chances de uma política pública ser implementada. Isso porque terão que unir forças, mesmo que em defesas de interesses distintos, para que possa ter resultados efetivos<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> CRISTINELIS, Marco Falcão. Políticas Públicas e Normas Jurídicas. 1ª ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012. p.49.

<sup>28</sup> CRISTINELIS, Marco Falcão. Políticas Públicas e Normas Jurídicas. 1ª ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012. p.50.

<sup>29</sup> CRISTINELIS, Marco Falcão. Políticas Públicas e Normas Jurídicas. 1ª ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012. p.55/60.

<sup>30</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p.39.

<sup>31</sup> No tocante ao termo correlação de forças, está ligado a ideia de uma harmonia entre os vários atores políticos que estão atuando em determinada política pública, onde formando uma hegemonia, contudo, se demonstra uma ligação de certa forma instável, tendo em vista que os interesses podem mudar.

<sup>32</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p.40.

Reinaldo Dias e Fernanda Matos apresentam uma classificação quanto a essas figuras políticas, que podem se dividir em formais e informais, individuais e coletivos, públicos e privados. O que divide a classificação em formal ou informal seria a previsão constitucional dos atores<sup>33</sup>.

A segunda parte da classificação se divide em se a influência nas políticas decorre de um ator como sendo apenas um indivíduo com força suficiente para provocar uma notória interferência no processo, ou se ocorrerá por um grupo ou organização.

Os atores públicos são aqueles que possuem conexão direta com as tomadas de decisões das políticas públicas, sendo o corpo do sistema político que está presente tanto na elaboração quanto no momento em que elas são postas em prática, podendo citar como exemplo os entes políticos e todos os seus setores e ainda instituições e organizações internacionais. Já os privados, ou atores sociais, são aqueles que não fazem parte dos corpos públicos, mas possuem influência suficiente para pressionar atitudes da gerência pública e fazer a máquina da política pública girar.<sup>34</sup>

Tendo em vista essa necessidade de diversificação dos atores políticos, mostra-se ainda mais necessário que aqueles considerados como públicos e integram o governo devam estar devidamente capacitados para participar ativamente da gerência das políticas governamentais.<sup>35</sup>

Vale ressaltar o papel fundamental dos atores de duas esferas, do Poder Legislativo e do Poder Executivo, em todos os níveis. Isso porque é justamente no Legislativo, seja do prisma nacional, estadual ou municipal, que as políticas públicas surgem efetivamente, pois a representação e a legislação possuem contado imediato com o momento da formulação de uma política.<sup>36</sup>

Enquanto é pelo Executivo, como o próprio nome já diz, tem a prerrogativa de indicar quais políticas devem ser executadas e quais não devem, possuindo a característica da discricionariedade em suas escolhas. Portanto, pode-se dizer que esse

---

<sup>33</sup> Consequentemente, os formais possuem maior espaço na jornada de elaboração das políticas públicas, são, por exemplo, o próprio governo, aqueles que compõem o legislativo e os chefes do Executivo em todas as suas esferas. Já os informais seriam, por exemplo, movimentos sociais e meios de comunicação.

<sup>34</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p.43.

<sup>35</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p.46.

<sup>36</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p.45.

papel fundamental se baseia no fato de que sua atuação vai além da influência ou interesse que possuem em determinada política, mas sim um desempenho diretamente ligado ao ciclo em todos os momentos<sup>37</sup>.

Portanto, entende-se que governo é o agente com maior relevância nesse cenário, isso porque é ele quem observa as necessidades do Estado e determina a gestão dos recursos, consequentemente é quem geralmente dá o pontapé a uma política pública, pois é ele quem decide onde atuar e onde se abster<sup>38</sup>.

O processo de elaboração de uma política pública parte da determinação das diretrizes resultantes do diálogo entre os atores políticos, buscando acolher as demandas da coletividade, traçando quais serão os alvos a serem alcançados. Quando se chega a conclusão de qual demanda deve ser atendida e de qual forma, parte-se para o processo de implementação, onde sempre leva em consideração a supervisão e análise para que o objetivo seja atingido.

Para Reinaldo Dias e Fernanda Matos, as demandas podem se dividir em novas, recorrentes e reprimidas. As primeiras estão ligadas à ideia de ou atores políticos que insurgiram organizadora de forma a conseguirem ter certa influência no processo ou novas demandas, ou seja, problemáticas que não existiam até então. As recorrentes são as demandas que estão sempre aparecendo porque não apareceram soluções efetivas ou por serem problemas sazonais. As reprimidas estão ligadas ao fato de que, apesar de já existirem, não eram algo que até então chamariam a atenção dos atores para que viessem a ser consideradas como uma problemática, fossem analisadas e possivelmente viessem a fazer parte de um ciclo.<sup>39</sup>

O ciclo de uma política pública se divide em etapas, estas que podem ser a identificação da problemática ou demanda, formulação e tomada de decisões, implementação e acompanhamento com avaliação. Esse desmembramento em estágios tem o intuito de facilitar uma análise do próprio ciclo, mas, uma mesma etapa pode ser subdividida para melhor se adequar a resposta necessária para a demanda. Deve-se

---

<sup>37</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p.45.

<sup>38</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p.11/13.

<sup>39</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p.62.

sempre levar em consideração que as etapas são conexas e dependentes, isso porque o efeito ou consequência de um estágio de influência direta no outro.<sup>40</sup>

Em relação à problemática, esta se trata justamente do reconhecimento de uma demanda. Contudo, há a necessidade vai além da existência da identificação de uma demanda, pois deve ser um problema político que dependa de ação governamental para encontrar sua solução. Portanto, a problemática decorre de um problema social que atrai a atenção pública porque atinge interesse ou direito público, e, assim, se tornando um problema público, necessitando da implementação de uma política pública.<sup>41</sup>

Quando isso ocorre e um problema é percebido e indicado por algum ator político, seja ele privado ou público, forma-se a agenda, esta que é uma lista de prioridades onde são estabelecidas as principais ações a serem tomadas e elementos que devem ser considerados no processo. É a partir dessa etapa que se decide quanto à possibilidade ou não de inclusão de determinada problemática na pauta política, passando a se tratar de um problema político prioritário<sup>42</sup>.

A etapa de formulação se refere a determinação do plano a ser traçado para resolver o problema público já identificado como prioritário, se conectando diretamente com a identificação da problemática e a agenda já elaborada. É nesse estágio onde se identifica uma maior atuação dos atores políticos dos mais diversos campos, tendo em conta que esse é o momento de definição da meta da política pública a ser adotada, sendo necessário conhecer o ponto de vista de cada um dos interessados<sup>43</sup>.

A partir disso, encontra-se o momento de tomada de decisões, onde os atores vão atuar em defesa daquilo que lhe interessa, para que chegue a ideia de solução possível para a demanda apresentada. Portanto, a tomada de decisões resulta dos interesses particulares em um geral.

---

<sup>40</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p.63/67

<sup>41</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p.68.

<sup>42</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p.71

<sup>43</sup> DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012. p.76.

Chegando a fase concreta do ciclo, a implementação é o estágio onde os planos anteriormente traçados são colocados em prática, aplicando nas situações que levaram a problemática e devem ser enfrentadas.

“A implementação pode ser compreendida como o conjunto de ações realizadas por grupos ou indivíduos, de natureza pública ou privada, direcionadas para a consecução de objetivos estabelecidos por decisões políticas anteriores”<sup>44</sup>.

Durante a execução de determinada política há ainda o acompanhamento, monitoramento e avaliação, onde busca perceber se a política continua alinhada à sua finalidade ou se ocorreu algum desvio no caminho, bem como se foi caso da própria finalidade ter sido alterada, sendo necessária uma adaptação. É justamente através desse acompanhamento que o Poder Judiciário pode realizar um controle social, de modo a resultar em uma modificação e reavaliação das bases de determinada política pública.

Para que uma política saia conforme o designado, alguns fatores devem ser levados em consideração durante a sua criação e a sua vigência, como interferências externas e o envolvimento dos atores que estão ligados a ela. Isso porque, para cada modelo de política, cada ator se encontra em grau de comprometimento diferente, portanto, havendo diferentes possibilidades de interferências extrínsecas<sup>45</sup>.

Além da complicação em determinar a concepção de políticas públicas, seu ciclo também se mostra como um sistema complexo, podendo originar e se desmembrar das mais diversas formas, levando em consideração os agentes e elementos externos, assim como a natureza da demanda a ser atendida, devendo, portanto, devendo observar que cada caso tem suas particularidades e singularidades.

### **1.3. Dos Direitos fundamentais e sua conexão com as Políticas Públicas**

Desde as primeiras Constituições, na idade contemporânea, consideradas como liberais-burguesas, os direitos fundamentais já se apresentavam como elemento central de formação do Estado de Direito, visto que são a manifestação de princípios e necessidades da comunidade, dentro de um sistema constitucional. Esse reconhecimento decorre do fato de que são eles quem legitimam o poder e ao mesmo tempo os limita<sup>46</sup>,

---

<sup>44</sup> CRISTINELIS, Marco Falcão. Políticas Públicas e Normas Jurídicas. 1ª ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012. p.54.

<sup>45</sup> CRISTINELIS, Marco Falcão. Políticas Públicas e Normas Jurídicas. 1ª ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012. p. 55.

<sup>46</sup> A ideia de Estado de Direito é justamente romper com o Estado absolutista, utilizando o Direito, este de um ponto de vista geral e objetivo, para limitar o poder, através da Constituição, sendo que o

trazendo garantias a serem asseguradas para os cidadãos, sendo essa a forma de confirmação desse sistema.<sup>47</sup>

Do ponto de vista do constitucionalismo contemporâneo, também conhecido como neoconstitucionalismo, o texto constitucional passa a inserir valores e opções políticas, de cunho geral e também específico, voltados a ideia de direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, sendo que tais elementos têm por intuito trazer uma harmonia a ser observada pelas maiorias. Portanto, os direitos fundamentais podem ser vislumbrados como componentes centrais dos sistemas constitucionais atuais.<sup>48</sup>

Contudo, dentro desse neoconstitucionalismo, entende-se como um problema a impossibilidade de hierarquizar os direitos fundamentais, isso porque, como de acordo com Ana Paula Barcellos, eles se encontram em um patamar de exigências indispensáveis para o correto funcionamento do sistema de diálogo democrático.<sup>49</sup>

Apesar da Carta Magna não prever expressamente as políticas públicas, é nela que se encontram os direitos fundamentais que serão assegurados através desse instrumento. Pode-se dizer, então, que, as políticas públicas são as ferramentas empregadas para alcançar determinados fins, estes que seria justamente o exercício das garantias individuais e sociais constitucionalmente previstas.

Deve-se enfatizar que os direitos fundamentais estão em um patamar diferente, possuindo status próprio dentro do sistema constitucional e do sistema jurídico por inteiro. Isso porque é próprio do Estado de Direito promover a proteção dessa categoria de direitos, limitando o poder público através das normas jurídicas.<sup>50</sup>

Os direitos fundamentais se apresentam sob o prisma subjetivo e objetivo. A primeira tem mais notoriedade no Estado de Direito Liberal e no Estado de Direito Social, isso porque é nessas fases que procuram a proteção dos direitos de uma forma

---

fundamento desta é a soberania popular. Portanto, pode-se dizer que a base do Estado de Direito é tanto os direitos fundamentais quanto a soberania popular.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. rev. atual e ampl. – Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. p.67/69.

<sup>48</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Revista de Direito Administrativo, p. 83-103, abr/jun 2005. p. 85/86.

<sup>49</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Revista de Direito Administrativo, p. 83-103, abr/jun 2005. p. 86.

<sup>50</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político – Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático. Revista de Direito do Estado, Ano 1, p. 17-54, jul/set 2006. P.21.

subjetiva, seja da perspectiva individual quanto da perspectiva coletiva. Quando vistos do ponto de vista subjetivo, há a possibilidade de identificação do titular, que pode demandar juridicamente seus interesses.<sup>51</sup>

Os de caráter objetivo surgem com o Estado Democrático de Direito, onde passa a haver uma demanda por ações governamentais de viés positivo, e, portanto, políticas públicas, uma proteção da comunidade de um prisma intersubjetivo. Contudo, não deve ser visto como algo antagônico a concepção subjetiva, mas, sim, algo que vai além desta, podendo ser visto como uma espécie de reforço na proteção dos interesses intersubjetivos, pois não há como apontar um indivíduo ou grupo específico, mas tão somente o interesse da coletividade como um todo.<sup>52</sup>

A forma como as políticas públicas podem ser contempladas para atingir a finalidade de proteção dos direitos fundamentais pode ser tanto pelo viés positivo, ou seja, de uma ação que busca auxiliar, uma prestação ou obrigação positiva, quanto pode ser do ponto de vista negativo, seja por omissão, uma obrigação negativa, ou buscando repreender um comportamento, ordenando, por exemplo, uma abstenção por parte do indivíduo, em prol da coletividade, ou seja, há a opção de buscar solução de problemas mesmo que seja por meio de controle social.<sup>53</sup>

“A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações, que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”<sup>54</sup>.

Essas ações estatais, na maioria dos casos, demandam recursos públicos para que possuam a capacidade de efetivar o exercício dos direitos fundamentais, tendo como exemplo a saúde e a educação. É nesse momento que está a atuação do Poder Executivo, isso porque é ele que executa a direção geral dessas ações, decidindo onde serão alocados e de que forma serão realizados os gastos com dinheiro público, priorizando determinadas políticas públicas em detrimento de outras.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. rev. atual e ampl. – Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. p.166/167.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. rev. atual e ampl. – Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. p.156/158.

<sup>53</sup> SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 26.

<sup>54</sup> SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 26.

<sup>55</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Revista de Direito Administrativo, p. 83-103, abr/jun 2005. p. 90.



Por mais que a Constituição tenha por pressuposto principal a promoção de direitos fundamentais, a mesma já assume a ideia de que, para executá-los, há uma limitação de recursos, o que se mostra mais evidente quando ocorre a realização dessa finalidade constitucional através das políticas públicas. Isso quer dizer que algumas vão sair do papel e outras não, em razão do orçamento.<sup>56</sup>

Contudo, esse momento de alocação de recursos não é jurídico, mas pertence ao ambiente político para que este faça a deliberação, devendo respeitar aquilo que a Carta Magna designou como finalidade prioritária, que seriam os direitos fundamentais.<sup>57</sup>

Ingo Wolfgang faz menção à teoria dos quatro *status* apresentada por Georg Jellink. Para este, a relação entre o indivíduo e o Estado pode ser classificada em quatro situações jurídicas. Na primeira classe, o chamado *status* passivo ou *status subjectionis*, o indivíduo é posto como subalterno ao Estado, não possuindo quaisquer direitos, apenas deveres. Para isso, o indivíduo possui um *status negativus*, isto é, possui uma esfera de liberdade que não pode ser atingida pelo Estado. A terceira situação seria o *status positivus* ou *status civitatis*, onde o indivíduo pode demandar ações perante o Estado. Portanto, a segunda e a terceira se complementam, isso porque, enquanto uma demanda uma atuação negativa do Estado, a outra busca uma prestação positiva do Estado, e, assim, poder usufruir de instituições estatais. Por último, há o *status activus*, onde passa a ser assegurado ao indivíduo a escolha de participar diretamente e de forma efetiva da formação do Estado, sendo um exemplo o direito ao voto.<sup>58</sup>

O Poder Público promove os direitos fundamentais inclusive a partir de uma omissão, quando parte de um não-fazer para que certa garantia seja protegida. Essa obrigação negativa ocorre, por exemplo, quanto ao direito de liberdade de expressão, onde o Estado se mantém inerte, pelo menos até certo ponto, pois sua ação pode ser

---

<sup>56</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Revista de Direito Administrativo, p. 83-103, abr/jun 2005. p.91.

<sup>57</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Revista de Direito Administrativo, p. 83-103, abr/jun 2005. p.92.

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. rev. atual e ampl. – Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. p.170/173.

considerada como uma forma de repressão ao exercício desse direito, portanto, a omissão também pode ser algo imprescindível a promoção dos direitos fundamentais.<sup>59</sup>

Em outros casos, para que seja assegurado determinado direito, como ocorre nas áreas de educação, saúde e habitação, o Poder Público precisa agir, isto é, passa a haver a necessidade de ações, tratando-se de uma obrigação positiva. É justamente nesses hipóteses que o Estado deve se ater ao dispêndio de recursos públicos, isto é, há uma necessidade de estudar um equilíbrio de aplicação dos recursos, pois estes são finitos.<sup>60</sup>

De certa forma, a teoria apresentada por Georg Jellink pode ser traduzida na atual forma de classificação dos direitos fundamentais, as chamadas gerações<sup>61</sup> ou dimensões. Os direitos fundamentais considerados de primeira dimensão são aqueles que surgem das revoluções liberais-burguesas, onde a percepção de Estado de Direito e mãos individualista, se restringindo ao direito individual. Nessa geração, busca-se uma abstenção do Estado, que este não interfira na liberdade e na autonomia individual, podendo serem citados como exemplos o direito à liberdade e à propriedade.<sup>62</sup>

A segunda dimensão se apresenta através da percepção do coletivo, a presença do Estado Social, buscando uma justiça social através de intervenções estatais, em sua maioria, portanto, um comportamento ativo.<sup>63</sup> Nesse sentido, há então uma prevalência dos direitos de cunho social, isso porque concedem ao indivíduo a possibilidade de que lhe sejam concedidas prestações sociais estatais. Ressalta-se que a proteção existente na primeira e na segunda geração são de perspectiva subjetiva.<sup>64</sup>

---

<sup>59</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político – Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático. Revista de Direito do Estado, Ano 1, p. 17-54, jul/set 2006. p.22.

<sup>60</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político – Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático. Revista de Direito do Estado, Ano 1, p. 17-54, jul/set 2006. p.22.

<sup>61</sup> Apesar de serem dividas dessa forma, não quer dizer que uma geração seja uma forma de superação da anterior, até porque elas convivem dentro do mundo jurídico. Por isso, alguns autores preferem utilizar o termo dimensões, para não passar a impressão de transferência de um grupo de direitos para o outro, de forma ao anterior ser considerado como ultrapassado.

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. rev. atual e ampl. – Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. p.53/55.

<sup>63</sup> Menciona-se que seria em sua maioria porque, dentro dessa segunda geração, são protegidas ainda as liberdades sociais, que possuem um cunho coletivo, e, ao mesmo tempo, demandam que o Estado refreie a sua presença e interferência.

<sup>64</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. rev. atual e ampl. – Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. p.55/56.

A terceira dimensão se funda nos direitos de solidariedade e fraternidade, onde prevalecem os direitos fundamentais de todos, que podem ser classificados como transindividuais difusos. Há aqui a presença de um Estado fraternal, na proteção não mais de perspectiva do indivíduo, mas sim de grupos humanos. Trata-se aqui do direito a paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, entre outros. Defere-se do anterior porque, apesar de ter a ideia coletiva, há uma indeterminação e indefinição dos titulares, sendo, portanto, direitos indivisíveis.<sup>65</sup>

O obstáculo para encontrar medidas que tiveram resultados satisfatórios não é meramente de gestão ou de coordenação, mas sim de política. Contudo, os atributos para buscar o êxito das políticas públicas não devem ser visualizados apenas de chaves desse campo. Ao seguir os princípios do Estado de Direito, este pautado pela limitação imposta pela separação dos poderes, busca-se impedir o agir arbitrário dos poderes públicos.

Esse instituo, ao ser criado, leva a formação de um ciclo, onde há a interação entre os poderes que a originaram com o Poder Judiciário, o qual vem a fiscalizar o cumprimento dos interesses sociais e quais os direitos relacionados a determinada política pública.

## **2. DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

Até o Século XVIII, a ideia é de que o Estado era onipotente, agindo de forma inclusive arbitrária, sem estabelecer qualquer garantia do indivíduo ou sociedade como um corpo, pois o interesse dele era maior do que daqueles que o compunham. Instrumentos como o Direito, a justiça e a moral deveriam sucumbir perante a conveniência e em prol tão somente do Estado.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. rev. atual e ampl. – Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. p.57/58.

<sup>66</sup> CRISTINELIS, Marco Falcão. Políticas Públicas e Normas Jurídicas. 1ª ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012. p.7-8.

O princípio da separação de poderes explica a evolução de um Estado arbitrário para algo que seria um símbolo democrático e inclusivo em relação aos cidadãos, permitindo a participação nas diferentes esferas. Contudo, mais recentemente, surgiria a ideologia ativista por parte de um desses Poderes, o Judiciário, que pode causar receio aos outros Poderes, mas, na verdade, seria um aliado democrático.

## **2.1. Do Princípio da Separação de Poderes**

### ***2.1.1. A evolução histórico-jurídica da doutrina***

Pode-se afirmar que é evidente e incontestável o fato de que a teoria da separação de poderes é um dos componentes base da ideia de Estado Constitucional contemporâneo. Contudo, há discussão quanto ao que esse tema representa, seu conceito do ponto de vista político ou constitucional.<sup>67</sup>

Quando surge a teoria da separação de poderes com Montesquieu, tem-se a ideia de que deve haver um equilíbrio em como o Estado vai funcionar, de forma a se tornar não algo superior, mas sim algo que possui os cidadãos como um elemento da sua identidade. Para isso, deveria se submeter a lei e ao direito, estes que seriam resultado do sentimento geral.<sup>68</sup>

A ideia de separação de poderes e da construção de um Estado de Direito é justamente trazer harmonia<sup>69</sup> dentro da composição de uma nação, para salvaguardar o desenvolvimento disciplinado de dada sociedade. Pode-se dizer, então, que a separação de poderes como elemento primordial do Estado Constitucional, onde se busca identificar as necessidades do Estado, dispondo-as entre as funções, para o melhor atingir sua finalidade. Essa distribuição deve levar em conta o momento histórico-constitucional em que se encontra, isso porque mudam as exigências, bem como a quantidade de órgãos para dividi-las.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 1989. p. 11.

<sup>68</sup> CRISTINELIS, Marco Falcão. Políticas Públicas e Normas Jurídicas. 1ª ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012. p. 13-14.

<sup>69</sup> A ideia de *checks and balances* está associada a ideia do sistema de freios e contrapesos, isto é, cada Poder dentro da doutrina da separação de poderes tem sua função a ser exercida de forma autônoma, contudo, em se tratando de exceder os seus limites, pode haver um controle ou contenção por parte dos outros. Isso tudo para evitar a volta a um sistema de caráter absolutista, de modo que se preserva o equilíbrio entre as funções de poder.

<sup>70</sup> RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010. p. 111-114.

A partir desse princípio, afere-se que há uma distinção material entre as funções do Estado, isto é, uma distribuição de partes do poder, havendo uma interdependência entre aqueles que vão receber as atribuições. Sendo assim, através dessa sistematização, cada corpo que receber frações de poder do Estado deverá agir de forma coordenada com os demais, representando tanto um freio quanto um contrapeso, de forma harmoniosa, a fim de evitar concentração de abuso de poder.<sup>71</sup>

Para entender o princípio da separação de poderes em determinado momento histórico, pois há diversas formas de ser entendido, deve-se levar em conta não só suas raízes históricas, mas também a Constituição vigente naquele momento, em razão desta ser a base para a construção do princípio.<sup>72</sup>

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo”<sup>73</sup>.

A história aos poucos vem demonstrando justamente essa limitação e restrição daqueles que detém o poder, sendo esse controle exercido uns sobre os outros até nos menores pontos e mais burocráticos, para que a máquina continuasse a funcionar, buscando evitar um retrocesso ao status de Estado que tudo pode.

Portanto, inicialmente, a ideia da separação de poderes teria por intuito limitar e regular os poderes, diferenciando entre as funções estatais, determinando o papel e o domínio de cada um deles, determinando uma liberdade no agir. Somente mais recentemente que o princípio passou a ter a ideia de freios e contrapesos, inspirado na teoria da constituição mista, sendo entendido atualmente como uma balança de poderes, onde deve ser assegurado o equilíbrio, podendo a atuação de um poder incidir na do outro para manter e resguardar o sistema.<sup>74</sup>

Quando há o rompimento do Estado absolutista, passando para o Estado liberal com ideais iluministas, exaltando os direitos fundamentais de primeira dimensão, ligados à ideia de liberdade, há uma extrema mudança na perspectiva da separação de

---

<sup>71</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 1989. p. 12-13.

<sup>72</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 1989. p. 16.

<sup>73</sup> Montesquieu, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo. Martins Fontes, 2000. p.168.

<sup>74</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 1989. p. 17-18.

poderes e como ela ocorre. Apesar de se tornar um princípio com intuito de organizar o Estado com essa mudança, ao mesmo tempo é algo que confronta os pilares liberais, somente se estabilizando quando passar a exercer papel em Estado de dimensão político-social.<sup>75</sup>

Dentre as gerações apresentadas pela Revolução Francesa<sup>76</sup>, a terceira é onde o Estado deixa de ser um fim em si mesmo, para se tornar um meio de efetivação de direitos de caráter difuso, possui uma conexão maior com o terceiro Poder, que é o Judiciário. Isso porque se trata nesse momento de uma diretriz de viés mais social, deixando a ideia individualista de lado, mas não a excluindo, apenas para abrir espaço para direitos de ordem coletiva.<sup>77</sup>

Pode-se dizer que, a primeira teoria da separação de poderes, na Inglaterra do Século XVII, consistia em um instrumento jurídico-constitucional para garantia da lei, isso porque ela seria o resultado da vontade da sociedade através do legislativo, sendo função do executivo fazer com que a coletividade se comportasse de acordo com os preceitos da lei, e, assim, fazendo com que tais leis sejam dotadas de imparcialidade na criação e aplicação. Sendo assim, é possível afirmar que essa primeira teoria está ligada tão-somente a distinção de funções legislativo-executivo, para garantia do *rule of law*, sem adentrar na questão da titularidade política dos poderes.<sup>78</sup>

A segunda versão que surge, podendo ser denominada como democrático-radical, se contrapõe a primeira<sup>79</sup>, de forma a realizar a separação do ponto de vista político, e não mais meramente jurídico, isto é, busca afastar o rei, aquele que é a figura do poder executivo<sup>80</sup>, de exercer de qualquer forma uma cotitularidade do poder legislativo. Assim sendo, o poder legislativo compete a aqueles representantes do povo

---

<sup>75</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 1989. p. 22-25.

<sup>76</sup> Evento que marcou o nascimento do constitucionalismo, com seu lema “liberdade, igualdade e fraternidade” acabou por designar as ideias centrais de cada uma das três gerações dos direitos fundamentais de caráter subjetivo.

<sup>77</sup> CRISTINELIS, Marco Falcão. Políticas Públicas e Normas Jurídicas. 1ª ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012. p.13-20.

<sup>78</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 1989. p.51-53.

<sup>79</sup> Esta pode ser vista como o resultado jurídico-liberal, colocando a lei como prioridade, buscando observar o princípio da igualdade e da segurança jurídica, sendo estes elementos bases desse primeiro momento da doutrina da separação de poderes.

<sup>80</sup> Nesse momento, ao tratar de uma perspectiva política, o executivo não é mais na lógica judicial, mas sim de governança.

que delegam o poder supremo de legislar a assembleia, enquanto o executivo, compete ao monarca sem que este tenha qualquer presença no exercício do outro.<sup>81</sup>

Para Locke, o Estado e seus fundamentos são elementos resultantes do contrato social. Sendo contrário ao estado de natureza, onde há apenas uma lei natural, sem qualquer convenção fixadas pela sociedade, no Estado, há o processo legislativo para essa criação das leis fixas, bem como um poder executivo, para garantir que sejam respeitadas. Portanto, pode-se dizer que é através do contrato social que surgem as funções dos poderes e suas razões de ser.<sup>82</sup>

Isto posto, na separação orgânico-pessoal de Locke, bem próxima da primeira teoria, há uma função legislativa exercida a curto prazo e uma executiva que seria permanente, este se diferenciando as funções de chefe de governo e chefe de estado e ainda havendo um poder de prerrogativa, haveria certa supremacia da função legislativa<sup>83</sup>, tendo em vista que a lei positivada é o que rege a sociedade após a saída do estado de natureza e a entrada o contrato social. Contudo, essa ideia de superioridade e soberania do Legislativo não foi incorporada ao princípio da separação de poderes, ideia restrita apenas a esse modelo autônomo.<sup>84</sup>

A teoria de Montesquieu remete a divisão tradicional e mais conhecida, há um legislativo e um executivo, mas acrescenta a função judicial. A primeira função se remeteria a ideia de fazer leis, corrigir as que já existem ou revogá-las; a segunda seria aquilo próximo ao que entende-se por Chefe de Estado atualmente, seria a figura capaz de fazer a paz ou a guerra; já o poder de julgar, seria aquele capaz de condenar criminosos e julgar uma lide entre indivíduos no âmbito particular.<sup>85</sup>

Montesquieu retoma a ideia de que a supremacia da lei, para garantir a liberdade e segurança dos indivíduos, só tem espaço se quem a edita e quem a executa sejam pessoas distintas. Portanto, a lei tem que ser uma regra que possua justificativa

---

<sup>81</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 1989. p.56-58.

<sup>82</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 1989. p.66-68.

<sup>83</sup> Essa ideia decorre do fato de que a função legislativa seria o resultado da soberania popular, afinal, seria exercida por representantes de todo o corpo social, uma forma de manifestação da vontade popular.

<sup>84</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 1989. p.71-75.

<sup>85</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 1989. p.91.

razoável, para reger um fato social, possuindo um conteúdo geral e abstrato.<sup>86</sup> Através desse ponto de vista, sendo a lei de criação exclusiva da função legislativa, o poder judicial não possuiria qualquer autossuficiência no momento de decidir, devendo meramente reproduzir no caso concreto aquilo que foi previsto abstratamente pela lei elaborada pelo outro poder.<sup>87</sup>

Apesar da concepção de Montesquieu apenas traduzir aquilo já apresentado anteriormente na doutrina da separação de poderes, o elemento central da sua ideia seria a questão de o Poder ser exercido de forma diversificada de acordo com a Constituição posta, reafirmando a necessidade de distribuição de funções, evitando a arbitrariedade da criação e execução das leis.<sup>88</sup>

Portanto, como demonstrado por Montesquieu, de uma forma geral, a teoria resulta na ideia de o poder controlar o poder, não sendo uma mera configuração tripartite, mas sim uma forma de demarcar uma fronteira no agir dentro do poder político, isso porque determina que dada função do estado fique encarregada de velar pelas mais diversas atribuições é o que resulta no absolutismo e abuso de autoridade e poder.<sup>89</sup>

Percebe-se que a doutrina da separação de poderes é algo mutável, não tendo sido tratada em sua máxima capacidade pelos autores antigos, mas fica demonstrado o quanto evoluiu de acordo com o momento histórico onde era aplicada, sendo diferente para cada realidade constitucional. Nos tempos mais remotos, começou como uma espécie de especialização de funções e evoluindo para a noção de que seria necessária uma limitação do poder, havendo um controle sendo exercido por outro que tivesse função distinta, resultando em um jogo de forças.<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 1989. p.93-95.

<sup>87</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 1989. p.96-98.

<sup>88</sup> PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 1989. p.123.

<sup>89</sup> ABBoud, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a Nova Separação de Poderes: Entre a Interpretação da Constituição e as Modificações da Engenharia Constitucional. Revista de Processo 2014 - RePro, v. 39, p. 13-39, n. 233, 2014. p.13-16.

<sup>90</sup> ABBoud, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a Nova Separação de Poderes: Entre a Interpretação da Constituição e as Modificações da Engenharia Constitucional. Revista de Processo 2014 - RePro, v. 39, p. 13-39, n. 233, 2014. p. 17-20



Deve-se levar em conta que, atualmente, seus objetivos principais seria trazer uma maior apreciação da soberania popular como base do governo contemporâneo, bem como proteger os direitos fundamentais, certificando que haverá o exercício necessários deles para cada cidadão.<sup>91</sup>

### ***2.1.2. O Poder como elemento único e a divisão das suas funções essenciais ao Estado***

O princípio da separação de poderes é um dos instrumentos de defesa da democracia e a evitar o autogoverno tirano, bem como uma forma de distribuir as funções de acordo com a competência profissional dos agentes designados, e, ainda um mecanismo para proteger e expandir o exercício dos direitos fundamentais. Recordar-se que os direitos fundamentais são a base primordial do Estado, isto é, validam a normatividade estatal porque são as normas jurídicas que possuem como propósito a sua defesa e efetivação.<sup>92</sup>

Apesar da terminologia utilizada para a doutrina, não há uma divisão do poder em si, mas sim uma distribuição das funções. Sendo designadas as funções típicas a serem exercidas para cada Poder, é possível um compartilhamento mínimo com os outros, resultando nas funções atípicas, em situações restritas. O chamado núcleo essencial, que seria a função típica designada, deve ser de exercício do Poder ao qual foi designada.<sup>93</sup>

É da natureza dos sistemas federalistas adotar um Poder Legislativo baseado em duas casas, a Câmara alta e a Câmara baixa que, no caso do Brasil, trata-se do Senado e da Câmara dos Deputados, esta que seria a “casa do povo”. Esse mesmo modelo de bicameralismo pode ser visto no caso dos Estados Unidos da América, Alemanha e União Europeia.<sup>94</sup>

Tal sistema possui como premissa de que o governo teria que ter o suporte da maioria dos membros das casas que foram eleitos pelo voto popular. Caso o Executivo não tenha esse apoio do Legislativo para realizar um governo coerente, há um

---

<sup>91</sup> ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p.113-116.

<sup>92</sup> ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p. 7.

<sup>93</sup> RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010. p. 116-118.

<sup>94</sup> ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p.44-45.

problema de simetria, tornando difícil o diálogo e afetando as questões políticas propostas por um a serem analisadas pelo outro.<sup>95</sup>

Bruce Ackerman apresenta uma teoria titulada de especialização funcional. Esta parte da premissa de que cada função será desempenhada por ator especialista que estará bem treinado para a atividade há de desempenhar. Por consequência, políticos diretamente eleitos para a atividade legiferante não devem possuir tanto acesso a parte burocrática e administrativa da implementação das leis que criaram, afinal não são funções pertinentes ao seu cargo, podendo vir a se tornar uma política ineficiente e pessoalmente enviesada, não atingindo o objetivo que deveria.<sup>96</sup>

Então, pode-se dizer que a doutrina da separação de poderes não será tão efetiva e íntegra quando entendida apenas do aspecto de divisão da capacidade de fazer normas, que seria entre o Legislativo e Executivo, mas, sua legitimidade democrática, está justamente na questão da especialização de funções dentro do sistema burocrático, remetendo a evolução da visão mais tradicional para a atual.<sup>97</sup>

No modelo tradicional, o Chefe do Executivo, no caso brasileiro, o Presidente da República, pode propor projeto de lei ao Poder Legislativo ou ele mesmo o fazer através de medida provisória, respeitando os requisitos, para atender a sua vontade. Contudo, ao tomar o controle do poder legiferante para realizar seu programa político, pode apresentar uma ameaça ao Estado de Direito. É nesse momento que o Judiciário vem a intervir, de forma a impedir que maiores afrontas aconteçam, apresentando-se como um filtro para a atuação dos outros poderes.<sup>98</sup>

Essa visão tradicional ainda apresenta o problema de tornar difícil conseguir afastar a personalidade do cargo em si, isto é, estimula o culto a quem está preenchendo os casos dos poderes legiferantes, resultando em uma crise de governabilidade, se tornando mais trabalhosa a questão da especialidade funcional e a efetividade da administração.<sup>99</sup>

Há uma coincidência entre uma atual crise nos Poderes no Brasil e a proteção desses direitos de ordem social, sendo que essa proteção é justamente o

---

<sup>95</sup> ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p. 47-49.

<sup>96</sup> ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p. 66-68.

<sup>97</sup> ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p. 76.

<sup>98</sup> ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p. 93-96.

<sup>99</sup> ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p. 96.

mecanismo de equilíbrio entre o ideal democrático e os efeitos além do Estado de um mundo globalizado.

## **2.2. Do Ativismo Judicial ao Ativismo Constitucional**

### ***2.2.1. Leitura conceitual da ideologia ativista***

O ativismo do ponto de vista constitucional junto aos instrumentos de controle de constitucionalidade são elementos do Estado Constitucional que vem trabalhando para realizar a proteção dos direitos fundamentais justamente do ponto de vista objetivo, tendo em vista que não há mecanismos previstos no Estado de Direito para a proteção dos direitos difusos, havendo, portanto, uma adaptação. Essa proteção objetiva ocorre para todos, de forma indeterminada e indivisível, algo característico dos direitos difusos.<sup>100</sup>

“O ativismo constitucional é toda ação que tenha como meta realizar a Constituição, ou mais especificamente, é o conjunto de ações, sempre complexo e descentralizado, de fazer valer as normas constitucionais jusfundamentais em todas as práticas de poder, seja pelo administrador público, seja pelo legislador, seja pelo juiz”<sup>101</sup>.

Portanto, o ativismo constitucional se mostra como uma forma de proteção e aplicação da própria Constitucional, mas ao contrário do ativismo judicial, se mostra como algo presente na atuação não só do Poder Judiciário, mas dos outros interlocutores do poder também.<sup>102</sup>

“A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente<sup>103</sup> vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e de qual não se pode ser dissociado, podendo falar-se, fosse contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos”<sup>104</sup>.

O ativismo judicial suporta diversas perspectivas em razão da variante cultural, sendo o que acontece no caso romano-germânica, onde predomina a *civil law*, e

---

<sup>100</sup> PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, pg. 62-87, Número Especial, 2015. p.72.

<sup>101</sup> PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, pg. 62-87, Número Especial, 2015. p. 77.

<sup>102</sup> PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, pg. 62-87, Número Especial, 2015. p.77-78.

<sup>103</sup> O termo axiológico está relacionado à valores, sejam morais ou éticos, por exemplo.

<sup>104</sup> PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, pg. 62-87, Número Especial, 2015. p. 73.

no caso anglo-saxão, onde predomina a *commom law*<sup>105</sup>. No segundo universo, o ativismo geralmente é compreendido por um ponto de vista positivo, sendo aplicado no reforço da ideia de precedentes, mecanismo bastante utilizando nesse grupo. Trata-se de uma consequência da imediação entre o Judiciário e o Legislativo em cada um dos modelos: enquanto em um a relação é mais próxima na produção normativa, no outro seria visto como uma invasão no exercício da função.<sup>106</sup>

Pode-se dizer que, o instituto surge da tentativa de aliar os valores atuais e aqueles mais antigos de forma adequada, isso porque, com o passar do tempo, a ideia tradicional de divisão das funções do Estado não se mostra mais tão efetiva, gerando uma assimetria entre a norma que é produzida e como será aplicada.<sup>107</sup>

Trata-se de um tópico aclamado por uns e contraditória para outros. Christine Peter traz como práticas que sucedem o ativismo judicial, por exemplo, a interpretação conforme a Constituição e as decisões procedentes em hipóteses de omissões inconstitucionais. São justamente estas que influenciam os discursos de que o Legislativo estaria perdendo sua vez no panorama normativo do jogo democrático, mas também na ideia de que o Judiciário seria democraticamente legitimado para pronunciar regras de convívio social.<sup>108</sup>

De acordo com Elival da Silva Ramos:

“Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incube, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios, de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”.<sup>109</sup>

Os mais críticos veem como uma forma desvirtuada de atuação jurídica, levando a um desrespeito à Constituição, normas existentes e todas as outras fontes de

---

<sup>105</sup> O sistema *civil law*, presente no Brasil, sendo uma influência romano-germânica, as fontes estão atreladas de acordo com a Lei e a codificação do Direito. Enquanto a *commom law*, mais presente nos países anglo-saxões, é um sistema onde o Direito tem por base principal a jurisprudência e precedentes anteriormente julgados.

<sup>106</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010. p. 104-110.

<sup>107</sup> PETER, Christine Oliveira. *Transjufundamentalidade: Diálogos Transacionais sobre Direitos Fundamentais*. Tese de Doutorado, Universidade de Brasília – UnB, Faculdade de Direito. Brasília, 2013. p. 41/12.

<sup>108</sup> PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.5, pg. 62-87, Número Especial, 2015. p. 77.

<sup>109</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010. p.129.

Direito, inclusive jurisprudência, quebrando os limites impostos. Uma forma de desobediência e afronta aos limites da função judicial, através de uma atuação incomum e excêntrica em relação à função típica.<sup>110</sup>

Acaba ainda por evidenciar ainda o pressuposto do Estado Constitucional relacionado a interdependência das funções de poder, levando a concretização do exercício e da defesa dos direitos fundamentais. Isso porque afasta a ideia de monopólio de um dos poderes sobre certa atribuição, demonstrando um caráter de partilha nessa tarefa, resultante de uma função de mediação da própria Constituição.<sup>111</sup>

Para Elival, a discussão sobre o ativismo seria se houve uma atuação excessiva por parte do Poder Judiciário no exercício de sua função, a ponto de ultrapassar a barreira da repartição de funções designada constitucionalmente, havendo uma quebra de limite a atingindo a função legiferante. Isso porque aqueles que aplicam o direito possuem realmente uma liberdade menor do que os outros poderes em relação a função legislativa, contudo, não deve ser avaliada a aplicação e a criação da norma como processos distintos. Contudo, sendo os atos jurídicos considerados como hierarquicamente inferiores aos legislativos, devem respeitar os preceitos gerais e abstratos postos por estes.<sup>112</sup>

### ***2.2.2. A atuação do Poder Judiciário em meio ao excesso de judicialização de demandas e da utilização da opção ativista***

Em se tratado da discricionariedade judicial e ativismo, há uma certa liberdade de ação do judiciário, porém deve seguir limitações normativas, onde pode tudo que a lei permitir. Já em relação ao legislador, este possui uma discricionariedade na criação do Direito maior do que o Judiciário, sendo que este deve mais seguir o que é criado pelo primeiro, do que criar por si só. Vai indo além de uma mera discricionariedade de juízo, adentrando na área da discricionariedade na atuação.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010. p.135.

<sup>111</sup> PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.5, pg. 62-87, Número Especial, 2015. p.80-82.

<sup>112</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010. p.118-120.

<sup>113</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010. p.120-128.

Pode -se dizer que a discricionariedade judicial está relacionada ao campo de interpretação, isso porque a forma como a norma é interpretado pelo agente decisor vai depender do lugar, momento e contexto social onde está sendo aplicada, portando não pode ser compreendida sozinha, sem levar em consideração os outros fatores, sendo confundida com o ativismo judicial.<sup>114</sup>

Luis Roberto Barroso traz uma comparação entre ativismo judicial e judicialização. Para ele, O ativismo é a tentativa de aplicar os preceitos constitucionais mesmo em áreas e situações ou situação que não estavam previstas constitucionalmente de forma expressa, buscando uma efetiva proteção dos direitos fundamentais, podendo criar novas situações ou hipóteses e interpretações de acordo com o contexto social, sem qualquer alteração formal<sup>115</sup> ao texto constitucional.<sup>116</sup>

Enquanto a judicialização está ligada a ideia de levar determinada demanda a apreciação do Judiciário, tendo em vista uma atuação insatisfatória dos demais Poderes; o ativismo seria uma forma de resolver a questão, através de uma liberalidade, de forma a aplicar a Constituição e seus preceitos, mesmo que não seja um caso de previsão expressa para tal.<sup>117</sup>

Desse modo, enquanto um decorre da proatividade do Judiciário em relação a interpretação da Constituição, porque é o que melhor convém para a situação constitucional do momento, a outra se reserva a atuar nos limites do que é necessário, porque era o que lhe cabia fazer.<sup>118</sup>

Uma das razões ao estímulo ao ativismo judicial no caso brasileiro, seria a questão de um estado muito ligado ao *welfare state*<sup>119</sup>, havendo, portanto, uma

---

<sup>114</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010. p.120-128.

<sup>115</sup> É a chamada mutação constitucional – processo de alteração do sentido do texto constitucional, conforme fatores sociais, econômicos e políticos, contudo, sem que haja a alteração formal da Constituição.

<sup>116</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) Acessado em 26 jan 2018. p. 6.

<sup>117</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) Acessado em 26 jan 2018. p. 3/6.

<sup>118</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) Acessado em 26 jan 2018. p. 6.

<sup>119</sup> *Welfare state*, também conhecido como estado de bem-estar social, principalmente na corrente social-democrática, é uma forma do Poder Público de assegurar parâmetros mínimos para exercício

demasiada valorização dos direitos de caráter social, principalmente aqueles coletivos que demandam uma prestação positiva do Estado, necessitando de uma maior proteção, e, assim, uma maior atuação estatal na vida do indivíduo.<sup>120</sup>

A princípio, essa intervenção, que seria a judicialização, estaria mais ligada às funções atribuídas aos Poderes Legislativo e Executivo, restando ao Judiciário, exercer o controle sobre essa atividade exercida pelos outros dois Poderes. Contudo, como resultado de vários fatores, incluindo a pressão social, há uma grande cobrança sobre a função jurisdicional para resolver os problemas atinentes a essa atividade intervencionista e aos direitos que geralmente estão ligados a ela. Como resultado, há um impulsionamento ao ativismo judicial, fazendo com que se torne necessária uma atuação dos juízes e tribunais que, inclusive, pode ir além das barreiras determinadas pelo próprio ordenamento.<sup>121</sup>

Quando é mencionada a judicialização de políticas públicas, está relacionado ao fato de que a questão não consegue ou não foi devidamente tratada pelas instâncias políticas ordinárias, isso devido, inclusive, ao fato de se manterem inertes perante o problema. Nesse cenário, o Poder Judiciário, revestido de sua figura política, o que pode acontecer em alguns casos, busca a defesa e a concretização do exercício dos direitos fundamentais.<sup>122</sup>

Contudo, para Barroso, a judicialização pode ser vista como um risco à democracia quando utilizado com exagero, porque instiga a transportar a competência de um Poder para o outro ao tratar de determinada matéria. O limite é a jurisdição constitucional, visando proteger e garantir a democracia, bem como os direitos fundamentais, por serem as bases da sociedade atual.<sup>123</sup>

---

direitos fundamentais, principalmente aqueles denominados sociais que são os de segunda geração, através de ações governamentais assistenciais, reconhecendo tais direitos como elementos essenciais ao indivíduo e sua vida em sociedade.

<sup>120</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010. p.268-269.

<sup>121</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010. p.270-271.

<sup>122</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) Acessado em 26 jan 2018. p. 3.

<sup>123</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) Acessado em 26 jan 2018. p.12.

Esse fenômeno da judicialização também pode ser visto como um dos resultados da redemocratização do país e, coincidentemente, com o surgimento da Constituição de 1988, isso porque instigou um sentimento de busca pela justiça e pela defesa dos direitos. E, ainda, porque a própria Constituição trouxe a previsão de vários desses direitos e garantias, de modo a constitucionalizar determinadas matérias e, assim, aproximar a questão política da questão jurídica, quando da proteção deles.<sup>124</sup>

A judicialização surge em meio a uma crise de representatividade que atinge o Poder Legislativo, este que demonstra a necessidade de uma reforma política, justamente por não atender o esperado ou necessário ao tratar de políticas públicas, cabendo ao Judiciário atender às demandas da população. Portanto, as decisões judiciais nessas situações podem ser mais exploradas em épocas determinadas.<sup>125</sup>

“Não resta dúvida de que o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos os brasileiros e aquelas efetivamente vivenciadas pela maioria da população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário, que pretende fazer valer o dever-ser constitucional, ignorando os limites de seu poder conformador da realidade factutal (força normativa) (...)”.<sup>126</sup>

Há críticas refutáveis a esse aumento da intervenção judicial nessas áreas, como, por exemplo, o fato de que os membros do Judiciário não seriam agentes públicos eleitos, porém, externam a vontade do povo, por serem decisões destinadas a aplicar a Constituição e as leis, estas que foram criadas por representantes do povo, cabendo ao Judiciário interpretar aquilo que não ficou devidamente expresso e resolver os conflitos aparentes decorrentes das tensões políticas.<sup>127</sup>

Em sede de jurisdição constitucional *stricto sensu*, o ativismo judicial pode acarretar na deformação de normas de todos os níveis da hierarquia que se encaixem como objeto de controle de constitucionalidade, indo desde as normas constitucionais até atos administrativos-normativos. Portanto, o instituto vai além da área do controle

---

<sup>124</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) Acessado em 26 jan 2018. p. 3/4.

<sup>125</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) Acessado em 26 jan 2018. p. 9/10.

<sup>126</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010. p.273.

<sup>127</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) Acessado em 26 jan 2018. p. 11.



de constitucionalidade, adentrando também na área dos outros Poderes ao fiscalizar os atos por eles produzidos.<sup>128</sup>

Outra crítica seria a politização da justiça. Contudo, o Judiciário, ou o Direito como um todo, não existem para serem políticos, mas deve ser levado em consideração que a política faz parte desse universo, principalmente quando tratar da Constituição, isso porque ela faz a ligação entre a esfera jurídica e a esfera política, buscando uma sociedade mais justa. Portanto, para isso, a vontade política do Judiciário está restrita ao exercício da Constituição e das leis, não podendo partir de uma liberalidade discricionária e meramente politizada, devendo ser algo dotado de razoabilidade e levando em conta o sentimento social do apelo.<sup>129</sup>

A expansão do poder de atuação dos sujeitos jurídicos ocorre quando há circunstâncias vagas ou fluídas, portanto, quando há situações fáticas que não são abrangidas pelas leis de forma singular, havendo uma lacuna na atuação dos outros sujeitos. Portanto, quando a capacidade institucional de um dos outros Poderes falha, pode abrir um momento para atuação do Judiciário, este que deve ter o cuidado de não quebrar a cadeia, principalmente quando tratar de políticas públicas. Portanto, como a conclusão de Barroso em seu texto, o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir.<sup>130</sup>

“O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará em favor, e não contra a democracia. (...) Suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça”<sup>131</sup>.

Partindo do pressuposto que o ativismo é resultado da hermenêutica jurídica, essa atividade de interpretação deve ser balizada por explicações racionais, determinando um certo controle sobre a figura que está realizando a análise. Um desses limites seria justamente à vinculação ao texto e ao contexto constitucional, assim, não se

---

<sup>128</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010. p.140-141.

<sup>129</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) Acessado em 26 jan 2018. p.13/15

<sup>130</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) Acessado em 26 jan 2018. p. 16/18.

<sup>131</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) Acessado em 26 jan 2018. p.19.

restringe apenas ao que está escrito, mas também a sistemática que ele apresenta, levado em consideração a conjuntura do caso concreto.<sup>132</sup>

Outra fonte do Direito que deve ser levada em consideração como limite seriam os princípios, estes que, principalmente quando com previsão constitucional, seja de forma explícita ou implícita, estão no patamar da própria lei, podendo possuir força normativa, e, conseqüentemente, pertencendo ao direito positivo. Significa que, ao serem aplicados, deve haver a observação aos mesmos limites impostos à interpretação das outras normas, isso porque, através dessa atividade, é necessário ter o cuidado em manter o equilíbrio entre os institutos e conceitos jurídicos.<sup>133</sup>

### **2.3. O Ativismo Judicial em contraponto ao Princípio da Separação de Poderes**

O agir do Poder Judiciário nos últimos tempos, em razão da judicialização de políticas públicas e vínculos sociais, principalmente, levaram a um *status* de protagonismo dessa função de poder, isso porque em muitos casos essas demandas estão também relacionadas aos outros poderes, levando a críticas dessa atuação afastada do que tradicionalmente foi designado à parte judicial do Estado.<sup>134</sup>

A ideia do ativismo judicial, mas essencialmente do ativismo constitucional, tem que levar em consideração o princípio da separação de poderes sob um outro prisma, onde os Poderes deixam de ficar restritos tão somente às fronteiras de sua competência constitucional, mas não ficarem mais estagnados, de modo a agir de forma concorrente para proteção e concretização dos direitos fundamentais.<sup>135</sup>

Do ponto de vista do Poder Judiciário, ou há de agir através do ativismo judicial, quando houver uma inércia por parte do outro poder que deveria ter agido

---

<sup>132</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010. p.168-170.

<sup>133</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010. p.174-179.

<sup>134</sup> ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a Nova Separação de Poderes: Entre a Interpretação da Constituição e as Modificações da Engenharia Constitucional. *Revista de Processo* 2014 - RePro, v. 39, p. 13-39, n. 233, 2014. p.14-15.

<sup>135</sup> PETER, Christine Oliveira. *Transjusfundamentalidade: Diálogos Transacionais sobre Direitos Fundamentais*. Tese de Doutorado, Universidade de Brasília – UnB, Faculdade de Direito. Brasília, 2013. p. 43.

naquela área, ou através da autocontenção judicial, isto é, seria sua hora de se manter inerte, para que haja um efetivo aproveitamento jusfundamentador.<sup>136</sup>

Para Bruce Ackerman:

“A intervenção política irrestrita terá, então, efeitos potencialmente lesivos ao Estado de Direito. Por mais bela que a lei possa parecer no papel, no plano real será terrível. O poder de fazer as leis deve ser exercido por uma instância distinta daquela que detenha o poder de implementá-las. Se se permitir que políticos rompa essa barreira, o resultado será a tirania”<sup>137</sup>.

Esse movimento judicial, em resposta ao crescente aumento de demandas, levanta a suspeita de que poderia vir a alterar a forma como a previsão da separação de poderes está prevista constitucionalmente, e, caso isso seja confirmado, que seria um insulto ao Estado Constitucional em si.<sup>138</sup> Contudo, é uma ideia que deve ser vista do prisma onde não é meramente a atuação de um só Poder em detrimento dos outros, mas sim uma forma de defesa da própria Constituição e seu conteúdo, sendo um auxílio a atuação de todas as funções estatais.

Trata-se de uma ideia onde a separação de poderes ainda age como aparato da tutela dos direitos fundamentais. Isso porque o ativismo judicial não busca substituir a função dos outros, criando o que não seria de competência, mas sim defendendo os direitos constitucionalmente expressos quando os outros se encontram incapacitados de exercer essa proteção.

Assim sendo, há de se concluir que a presença da ideologia ativista por parte do Judiciário não é algo que implicará em um conflito com os demais Poderes, mas deve ser visto como uma forma de auxílio para que haja uma redução dos problemas sociais, com intuito, inclusive, de reduzir a posterior judicialização em massa de questões que poderiam se resolvidas previamente. O ativismo jurisdicional não é um inimigo do princípio da separação de poderes, e sim uma ideia que pode ajudar a solucionar desacordos entre as funções de poder.

---

<sup>136</sup> PETER, Christine Oliveira. Transjusfundamentalidade: Diálogos Transacionais sobre Direitos Fundamentais. Tese de Doutorado, Universidade de Brasília – UnB, Faculdade de Direito. Brasília, 2013. p. 43/44.

<sup>137</sup> ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p.66.

<sup>138</sup> ABOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a Nova Separação de Poderes: Entre a Interpretação da Constituição e as Modificações da Engenharia Constitucional. Revista de Processo 2014 - RePro, v. 39, p. 13-39, n. 233, 2014. p.16-17.

### **3. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

#### **3.1. Judicialização de Políticas Públicas**

As políticas públicas são ações desenvolvidas com o intuito de efetuar os objetivos fundamentais previstos na Constituição, também sendo chamadas de políticas estatais. O Judiciário não atua tão somente quando a políticas estatal afronta os preceitos

constitucionais, mas também para que haja uma análise quanto a sua efetividade para com esses objetivos fundamentais previstos na Constituição, sendo ambos motivos para a judicialização das políticas. Portanto quando as ações das outras funções de Estado falham com os fins deste, excepcionalmente, cabe ao Judiciário realizar o controle.<sup>139</sup>

Portanto, os Tribunais são chamados a atuar quando se faz necessário declarar a invalidade parcial ou total de uma política pública em virtude de ser inconstitucional, realizando o controle de constitucionalidade, uma das funções naturais do Judiciário. Trata-se de uma atuação negativa ao impedir que uma política estatal desconforme com os preceitos constitucionais tenha efeitos. Outra possibilidade de intervenção ocorre quando há políticas já criadas pelos poderes estatais que necessitam de implementação, portanto, aquelas que já foram pensadas e comprometidas a se tornarem realidade, todavia, ainda não o fizeram.<sup>140</sup>

O Tribunal é chamado a atuar quando se faz necessário declarar a invalidade parcial ou total de uma política pública em virtude de ser inconstitucional, realizando o controle de constitucionalidade, uma das funções naturais do Judiciário. Trata-se de uma atuação negativa ao impedir que uma política estatal desconforme com os preceitos constitucionais tenha efeitos. Outra possibilidade de intervenção ocorre quando há políticas já criadas pelos poderes estatais que necessitam de implementação, portanto, aquelas que já foram pensadas e comprometidas a se tornarem realidade, todavia, ainda não o fizeram.<sup>141</sup>

As políticas públicas não se revestem meramente de caráter normativo ou administrativo, mas sim atos que possuem características abrangentes, podendo ser envolver de qualquer forma que melhor lhe seja conveniente, pois busca concretizar uma imposição constitucional, ao se referir aos direitos fundamentais.

A atuação jurisdicional pode ocorrer tanto em casos concretos, quando o Estado é individualmente demandado, ou abstrato, quando cabe a Tribunal Constitucional decidir acerca de matéria à medida que se trata de interesse geral, bem

---

<sup>139</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. – Rio de Janeiro. Forense, 2013. p. 128-129.

<sup>140</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais. 1ª ed. – Coimbra. Coimbra Editora, 2014. p. 476-477.

<sup>141</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais. 1ª ed. – Coimbra. Coimbra Editora, 2014. p. 476-477.

como em si tratando a omissão ou ação indevida do Poder Público. Pode tanto *a priori*, ainda durante a parte da construção do ciclo da política pública, quanto *a posteriori*, quando ela já está implementada e em execução.<sup>142</sup>

Esse processo de fiscalização das políticas estatais por parte do Judiciário, leva em consideração, principalmente, a análise constitucional, isso porque deve-se respeitar o princípio da supremacia constitucional<sup>143</sup>. Sendo assim, o parâmetro abrangente e principal será a Constituição e seu conteúdo, servindo de guia para análise de cada situação, porque é direta e imediatamente já possui força vinculante.<sup>144</sup>

Antes da Constituição de 1988, o entendimento era de que não seria possível uma análise de mérito dos atos da Administração por parte da Judiciário. Contudo, na Constituição-cidadã, o mecanismo da ação popular<sup>145</sup> é colocado como garantia fundamental, e com isso, abre a possibilidade de o Judiciário também analisar as ações do Executivo, inclusive quando houver uma simples lesão à moralidade administrativa. Seria exemplo quando as vontades e incentivos dos outros Poderes podem se tornar pessoais, afastando-se da moralidade, se aproximando da vontade de grandes burocratas, deixando os cidadãos de lado.<sup>146</sup>

A judicialização ocorre por muitas vezes para que seja assegurado o mínimo existencial<sup>147</sup>, este que é um dos elementos da dignidade da pessoa humana, quando há uma omissão do Estado na sua prestação. Há essa necessidade imediata de acesso aos direitos fundamentais e a esse elemento do mínimo existencial, justificando a imediatividade da acionabilidade, sem que haja uma consulta prévia aos outros

---

<sup>142</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais. 1ª ed. – Coimbra. Coimbra Editora, 2014. p.487.

<sup>143</sup> Esse princípio possui como premissa a ideia de que a Constituição é o ponto mais alto do ordenamento jurídico, não tendo mais nada acima dela, e, assim, qualquer norma que esteja em desconformidade com o seu conteúdo, seja de forma material ou formal, será considerada como inconstitucional, não podendo produzir quaisquer efeitos.

<sup>144</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais. 1ª ed. – Coimbra. Coimbra Editora, 2014. p.545-548.

<sup>145</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

<sup>146</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. – Rio de Janeiro. Forense, 2013. p. 125-130.

<sup>147</sup> É um conceito que está em constante evolução, mas, na sociedade atua, inclui-se temáticas principalmente ligadas aos direitos sociais, como educação, saúde, trabalho, e, inclusive, acesso à justiça.

Poderes.<sup>148</sup> Contudo, há limites a serem observados também pelo Judiciário durante o controle, como, por exemplo, a reserva do possível.<sup>149</sup>

Não são todos os direitos sociais que fazem parte do enquadramento do mínimo existencial, mas este está diretamente ligado a direitos sociais, aqueles considerados como essenciais à uma vida humana justa, de forma a ter força o suficiente para que sejam demandados mesmo sem que ainda haja legislação infraconstitucional o pronunciando, caracterizando uma densidade aplicativa.<sup>150</sup>

A reserva do possível não se trata de um mero insurgir com a escassez de recursos, é uma limitação a ser provada pelo Poder Público, isso porque, somente quando comprovada a insuficiência real de recursos, a Administração pode se desincumbir de prestação a assistência do mínimo existencial, caracterizando uma situação extremamente excepcional. Caso contrário, haverá a intervenção do Judiciário, e, em caso de descumprimento da ordem judiciária, pode acarretar em sanções ao Poder Público, como multas, responsabilização por ato de improbidade administrativa, intervenção no Estado ou Município<sup>151</sup> e condenação por crimes de responsabilidade e de desobediência.<sup>152</sup>

Contudo, quando há risco ao núcleo central, o chamado princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República – conteúdo básico, ligado aos direitos fundamentais, possui como elemento o mínimo existencial – há algumas linhas doutrinárias e jurisprudenciais que defendem a impossibilidade de insurgir o argumento da reserva do possível quando se tratar do mínimo existencial.<sup>153</sup>

---

<sup>148</sup> WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial e Demais Direitos Fundamentais Judicializáveis. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. – Rio de Janeiro. Forense, 2013. p.219.

<sup>149</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. – Rio de Janeiro. Forense, 2013. p. 130-133.

<sup>150</sup> WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial e Demais Direitos Fundamentais Judicializáveis. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. – Rio de Janeiro. Forense, 2013. p.221.

<sup>151</sup> Trata-se de medida em caráter excepcional, somente podendo ocorrer nas hipóteses constitucionalmente previstas.

<sup>152</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. – Rio de Janeiro. Forense, 2013. p.138-143

<sup>153</sup> WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial e Demais Direitos Fundamentais Judicializáveis. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. – Rio de Janeiro. Forense, 2013. p. 216-218.

Isso porque uma das medidas a serem adotadas pelo Judiciário é justamente determinar o remanejamento de cursos de uma área para outra que possua mais urgência, levando em consideração que essa implementação deve ocorrer de forma paulatina, em razão das inúmeras dificuldades, afinal são muitas as necessidades e péssima a organização. Outra medida a ser ordenada pelo Judiciário seria um melhor planejamento dos próximos orçamentos, desde já pautando aquelas áreas com demandas fundamentais.<sup>154</sup>

Para garantir o mínimo existencial a todos os indivíduos, o agente decisor deve averiguar caso a caso concreto judicializado, devendo haver uma ponderação entre a possibilidade e a razoabilidade do pedido que está sendo judicializado, sendo crucial que haja um equilíbrio entre o que é prestado e a finalidade que pretende atingir. Para isso, observa-se a natureza e extensão da pretensão, seja ela individualizada ou coletiva/social, até que limite foi prestado ou se sequer houve uma prestação por parte do Estado, bem como a possibilidade dele de prover aquilo que é necessário e está sendo pedido.<sup>155</sup>

### **3.2. Análise de casos nas Cortes Superiores brasileiras**

#### ***3.2.1. Exemplos em Direitos Fundamentais***

##### **3.2.1.1. Direito à Educação**

No caso do AREsp nº 1.053.974/RJ<sup>156</sup>, perante o Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de direito à educação e políticas públicas voltadas a essa temática, reconhecendo ser um direito que pode ser proposto de forma imediata quando vislumbrada a omissão estatal.

O caso citado trata, na origem, de ação civil pública onde o Estado do Rio de Janeiro era demandado a suprir a carência no quadro de professores convocando os aprovados no concurso para tal, bem como repor todas as aulas perdidas até então no Colégio Estadual Professora Maria Terezinha de Carvalho Machado. Semelhante ao do AREsp 1.411.308/RJ, que também trata de ação civil pública, com pedidos quase

---

<sup>154</sup> WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial e Demais Direitos Fundamentais Judicializáveis. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. – Rio de Janeiro. Forense, 2013. p.221-222.

<sup>155</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. – Rio de Janeiro. Forense, 2013. p. 140-142.

<sup>156</sup> AREsp 1.053.974/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 30/10/2018, DJe 27/11/2018.



idênticos, mudando apenas a escola que necessita preencher o quadro de professores para que possa prestar um serviço de educação digno.

O Tribunal de origem entendeu pela reserva do possível em detrimento do mínimo existencial, por tratar de pagamento podendo causar danos à própria Administração, ao realizar contratações de novos professores. Contudo, condenou o ente federativo a cumprir com todas as outras medidas necessárias para que se tenha condições mínimas que possibilitem prestar um serviço de educação, sob pena de uma das formas de sanção em caso de descumprimento conforme anteriormente citado, que seria a configuração de improbidade administrativa.

Outro caso seria do Resp 1.678.888/RJ, também perante o Superior Tribunal de Justiça, também uma ação civil pública buscando equipar centros de ensino de modo a completar o quadro de professores no em instituições como o Colégio Estadual Flávio Ribeiro Rezende, Colégio Estadual Francisco Portella, CIEP<sup>157</sup> Brizolão 468 Olga Thurler Mendonça de Fonseca e Coronel José Rosa da Silva e outros da rede estadual no Município de Natividade, no Estado do Rio de Janeiro. Um dos fundamentos do pedido seria que é dever do Estado de prestar um serviço de educação decente e adequado, o que não é possível sem um quadro de professores integral à disposição.

Contudo, diferentemente da primeira situação, desde a instância originária o Estado foi condenado a suprir essa falta de professores no quadro da rede pública de ensino estadual, entendendo que, em casos atípicos e necessários, para não ferir o princípio da separação de poderes, o Judiciário pode demandar políticas públicas, observando a questão da reserva do possível. No processo vislumbra-se que não há qualquer incentivo por parte do Estado na área educacional, seja para manter o quadro de professores ou novos certames para completá-lo, mostrando, assim, sua atuação ineficaz em relação a políticas estatais de educação.

Apesar de serem decisões em sentidos opostos, uma condenando para a contratação e a outra não, ambos levam em consideração a reserva do possível, mesmo em se tratando de um direito com eficácia imediata e que deva ter extrema atenção voltado a ele. É em situações assim que surgem os atos ativistas, para que se mostrem outros caminhos para solucionar demandas que não sejam um direito em detrimento de outra política, de forma a estabelecer políticas mais justas.

---

<sup>157</sup> São os denominados Centros de Integração de Educação Pública.

Assim sendo, apesar de mesmo fazer valer a função do Judiciário em primar pelo respeito ao que está previsto na Constituição, ao não inovar em sua decisão através do ativismo judicial, ocorreu um equivocado juízo de valores, ao não utilizar de outros mecanismos para suprir a necessidade de cumprir com o direito à educação.

#### **3.2.1.2. Direito à Moradia e ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado**

Sendo a moradia um direito social assegurado pela Constituição e o meio ambiente um direito fundamental, mesmo não estando no título dos direitos e garantias fundamentais, no caso do REsp 1.521.326/RJ, ambos estão em risco. Esse recurso especial, na origem, é uma ação civil pública ajuizada pelo MPRJ buscando que sejam realizadas medidas de engenharia, geotecnia e intervenção urbanística, nas Comunidades do Maciço da Tijuca e Comunidade Jardim do Carmo, onde há áreas que possuem uma classificação de médio e alto risco de deslizamentos e escorregamentos.

Nesse caso, os réus foram condenados a realizar as medidas necessárias, que seriam políticas públicas para proteção desses direitos, de modo que um dos argumentos utilizados é de que a Administração não pode se valer da conveniência e oportunidade quando há as exigências em vantagem dos direitos e garantias fundamentais.

Outro cenário é o do REsp 1.732.412/RJ, também uma ação civil pública que busca a remoção urgente dos moradores das áreas de risco, bem como daqueles que se encontrem nas áreas de preservação permanente, na região do Vale do Rio Preto, no Município de São José do Vale do Rio Preto, no Estado do Rio de Janeiro, a demolição de todas as estruturas praticamente e que já se encontram em situação precária após serem atingidas em Janeiro de 2011 pelas águas do rio e da chuva, obras de construção, drenagem do solo, recomposição florestal, entre outras.

Reconheceu-se que a circunstância é a busca a proteção de direitos transindividuais que se encontram em perigo diante da inércia dos entes competentes, sendo condenados solidariamente a prestarem as ações necessárias para sanar esses perigos e evitar que ocorram novas tragédias, tratando-se, portanto, de uma atuação proativa designada constitucionalmente ao Judiciário, principalmente, quando se tratar de direitos fundamentais e fazer valer suas decisões.

Mostra-se mais uma hipótese onde, a atuação dos outros Poderes que, ordinariamente, teriam competência para tratar das políticas estatais, é algo insatisfatório na proteção e execução dos direitos fundamentais, e, apesar de não caber ao Judiciário realizar uma análise de mérito dos atos administrativos, defende-se a possibilidade extraordinária dele poder intervir na discricionariedade do Executivo nessas hipóteses.

Em casos como da ACO 2.536/RJ, onde também é abordado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fica demonstrado que a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal vai no sentido de que, o Judiciário, ao estabelecer que sejam implementadas políticas estatais, em caso excepcionais onde constata-se a omissão dos demais Poderes na proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, não trespassa sua função e não desobedece ao princípio da separação de poderes.

Nessa situação, originalmente, o Ministério Público Federal busca a condenação dos réus – União, Agência Nacional de Águas-ANA, Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis-IBAMA e Estado de São Paulo – a não procederem ou aprovarem obras que tenham o intuito de possibilitar a captação de água do Rio Paraíba do Sul, com o propósito de abastecer o sistema Cantareira ou microrregião da metrópole paulista. Isso porque não haveriam estudos suficientes em relação aos impactos ambientais que tal obra de redução da vazão do Rio Paraíba do Sul poderia gerar, sendo o argumento a imprescindibilidade de harmonizar o desenvolvimento socioeconômico com a qualidade ambiental.

Conforme trecho do voto do Ministro relator, em casos como esses, onde há um controle por parte do Judiciário diante a atuação ineficiente dos outros Poderes, não é algo capaz de abalar de forma direta o pacto federativo, não havendo de falar em conflito federativo, entende-se que é algo que, na verdade, faz parte da doutrina da separação de poderes:

“Dentro dessa perspectiva, destaca-se que a atuação do Poder Judiciário deve se dar à luz de todo sistema republicano constitucional, especialmente quando envolvidos interesses comuns de entes federativos diversos e questões que se apresentam sobre elevado aspecto técnico extrajurídico. Nesse contexto, o controle judicial sobre os atos oriundos dos demais Poderes deve se guiar não apenas pelo rechaço a eventuais agressões à Constituição da República, mas também à luz do princípio da separação dos poderes e dos fins do Estado

como nação, a envolver diversos valores normativos de estatura igualmente constitucional.”<sup>158</sup>

### **3.2.1.3. Direito à Vida e à Saúde**

Pode-se citar que a maioria dos casos judicializados em relação a políticas públicas se concentram na área de saúde. Utilizando como exemplo o REsp 1.732.078/RJ, caso de ação civil pública proposta para buscar o fornecimento de medicamento, leite PKU tipos, 1, 2 e 3, para os pacientes que são assistidos pela APAE-RJ ou pelo IEDE e que possuem fenilcetonúria clássica, desde a decisão em primeira instância, persiste a condenação solidária dos entes federativos de todos os níveis: União, Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro, afinal, trata-se de competência comum entre esses três entes a guarda da saúde e de assistência pública, inclusive é de entendimento do Supremo Tribunal Federal que há solidariedade entre os entes federativos em relação a prestação de saúde.

A condenação ocorreu julgando totalmente procedente o pedido em relação ao fornecimento de medicamentos, argumentando que não é possível negar o direito à assistência médica necessária, tratando-se de um dever do Estado em adotar todas as medidas necessárias para a promoção do direito à saúde e à vida.

O AREsp 1.029.368/RJ, na origem, é uma ação civil pública proposta contra o Município de Queimados e o Estado do Rio de Janeiro, buscando que estes sejam condenados a transferir o paciente, que apresenta convulsões e com suspeita de meningite, para uma unidade pública hospitalar adequada para realizar o tratamento necessário, fornecendo a acomodação em CTI pediátrica, e, caso não seja possível na rede pública, seja transferido o paciente para uma unidade na rede particular às custas dos entes. Um dos argumentos é que os entes possuem a obrigação de prover os meios necessários que possibilitem a paciente viver.

Na decisão, foi reconhecida a responsabilidade solidária dos entes em providenciar formas de cumprir com as necessidades do direito à vida e à saúde, ainda mais em se tratando de uma criança, sujeito este que necessita de uma maior proteção por parte do Estado. Por se tratar de execução do direito à saúde, conforme a própria Constituição e entendimento sumulado do próprio Superior Tribunal de Justiça, esse

---

<sup>158</sup> ACO 2.536/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/10/2018, DJe 22/10/2018.

entendimento de que há a solidariedade entre todos os entes em todas as esferas da federação para proteção desse direito.

Outro fundamento da decisão para a condenação dos entes a prestação dos serviços de saúde está relacionado ao fato de que é de responsabilidade deles de elaborarem um orçamento de modo a poderem arcar com as necessidades relacionadas ao direito à saúde de todos.

Portanto, questões próprias deles e que sejam meramente administrativas, portanto, a discricionariedade administrativa, não é justificativa para se escusar de tal responsabilidade. Nota-se que segue a mesma linha do caso anterior, reiterando a ideia de que os entes possuem um compromisso constitucional de prestar a assistência médica necessária, devendo levar ainda em consideração que, demandas judiciais relacionadas à saúde são demasiadamente corriqueiras.

Os casos citados, nesse tópico e nos anteriores, podem ser considerados, infelizmente, como circunstâncias até que comuns, servem para demonstrar que, quando há uma urgência no agir do Poder estatal, seja porque procedeu de forma incorreta ou irresponsável, ou se omitiu, não realizando as políticas necessárias, o Judiciário se vê unicamente na possibilidade de repassar comandos, de modo a possibilitar o exercício dos direitos e garantias fundamentais.

#### **3.2.1.3.1. Tema 698 de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal – Direito à Vida e à Saúde**

O tema de repercussão geral nº 698 do Supremo Tribunal Federal também discute a questão do direito à vida e à saúde, reforçando a ideia de que esses casos possuem uma maior recorrência ao Judiciário para serem resolvidos. A discussão nesse tema seria até onde o Poder Judiciário pode impor obrigações ao Estado para que realize concursos públicos com a finalidade de contratação de servidores de saúde, bem como obras nessa área, para que se possa prestar serviço e assistência adequados em se tratando do direito social à saúde.

O *leading case*<sup>159</sup> é o RE 684612/RJ, o qual, a princípio, se refere à uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

---

<sup>159</sup> O termo *leading case* é utilizado para designar o processo que seja representativo da controvérsia, onde sua decisão há de determinar como os demais casos que estejam relacionados aquele assunto devem ser tratados.

buscando que sejam realizados certames para o provimento de profissionais de diversas áreas da saúde e que tais servidores sejam designados para o Hospital Municipal Salgado Filho. Além disso também foi requerida a contratação de servidores para sanar temporariamente a ausência para completar o quadro de profissionais e corrigir as irregularidades apontadas no relatório formulado pelo Conselho Regional de Medicina.

Na primeira instância, os pedidos não foram concedidos, sob o fundamento de que não teria sido indicada uma fonte para custear tais medidas, bem como por se tratar de atos que seriam regulados de acordo com a ótica discricionária da Administração, permitindo um juízo de conveniência e oportunidade, e, caso o Judiciário viesse a interferir de tal forma no Executivo, poderia acarretar um em conflito perante o princípio da separação de poderes.

Contudo, foi revisto pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, passando a julgar procedentes os pedidos, pelo fato de que o direito à saúde seria um direito subjetivo de modo a ser algo indispensável e indisponível, e, em se tratando de direitos difusos e coletivos, o Poder Judiciário teria a prerrogativa constitucional de exercer a proteção deles, e, tendo em vista que não houve a comprovação da impossibilidade de deslocamento de recursos para essa finalidade, poderia compelir o Estado a prover as medidas necessárias.

Outra parte importante dessa decisão seria o fato de que reconhece a impossibilidade de políticas estatais serem organizadas por meio de atos tão somente discricionários, possibilitando o Judiciário a atuar em razão ao respeito dos princípios da legalidade e moralidade, sem que afete o princípio da separação de poderes.

De acordo com o acórdão que julgou reconhecendo a repercussão geral, a situação no hospital desse caso em questão se encontraria em estado caótico, sendo algo que afetaria, principalmente, as classes mais pobres da comunidade, que dependem primordialmente dessa prestação de serviço, caracterizando a possibilidade excepcional do Judiciário de intervir exercendo controle de políticas estatais de caráter tão crucial para exercício do direito à saúde e à vida, demonstrando a pertinência jurídica e social dessa discussão. O processo até o momento ainda se encontra em andamento.

### **3.2.1.3.2. Tema 106 de Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça – Direito à Vida e à Saúde**

O Tema nº 106 trata da obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não estiverem listados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) na Portaria nº 2.577/2006 do Ministério da Saúde, o chamado Programa de Medicamentos Excepcionais, e da fixação de requisitos para apreciação e concessão dos pedidos por parte do Poder Judiciário. O caso referência desse tema do rito de recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça é o REsp 1.657.156/RJ.

Nesse feito, trata-se, na origem, de ação ordinária buscando obrigação de fazer perante o poder estatal, para que forneça a medicação necessária, que seria Azorga Colírio, Glaub Colírio e Optive Colírio, nas medidas prescritas pelo médico, para tratamento de doença, tendo em vista que a paciente em questão é portadora de Glaucoma Crônico Bilateral – CID H 40.1, bem como de produtos acessórios que passe a precisar no decurso da intervenção médica.

Foi demonstrado que haveria urgência no fornecimento do remédio, pois, a ausência de tratamento, aumentaria o risco de saúde e vida da paciente, tendo em vista que poderia acarretar na piorar da situação clínica. Ressalta-se ainda que o medicamento em questão possui um custo demasiadamente alto, não tendo a paciente recursos financeiros para realizar o tratamento por conta própria, sem que isso afete sua subsistência em um panorama geral.

A discussão se encontra no ponto de até onde o Poder Público tem o dever de prestar serviço de saúde, conforme o art.196 da Constituição Federal, através de políticas estatais, para redução dos riscos de doenças, bem como de tratamentos, incluindo, ainda, que essa proteção deve ser prestada de forma solidária dentre todos os entes federativos, podendo ser demandado um ou todos eles.

Desde a primeira instância, entendeu-se que, em se tratando de uma situação devidamente comprovada onde o paciente não pode arcar com os medicamentos, por ser hipossuficiente, consequentemente, cabe ao Poder Público arcar com o devido tratamento, devendo intervir para materializar o direito à saúde e assegurar sua plena satisfação.

Para que a judicialização e concessão de medicamentos nesses casos não se tornasse algo a ocorrer de forma indiscriminada, foi levantada uma tese para determinar requisitos para a concessão desses tipos de medicamentos não abrangidos pelo SUS.

Foram fixados os seguintes requisitos para a concessão de medicamentos, devendo ser preenchidos cumulativamente:

“O PRIMEIRO REQUISITO consiste na demonstração da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento no tratamento, por meio de laudo médico circunstanciado e fundamentado, devidamente expedido por médico que assiste o paciente da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS.

(...) O SEGUNDO REQUISITO consiste na devida comprovação da hipossuficiência daquele que requer o medicamento, ou seja, que a sua aquisição implique o comprometimento da sua própria subsistência e/ou de seu grupo familiar.

(...) Por fim, o TERCEIRO REQUISITO a ser considerado é que o medicamento pretendido já tenha sido aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.”<sup>160</sup>

No caso do REsp 1.753.098/RJ, já foi aplicada essa tese, considerando que, para a concessão dos medicamentos não listados pelo SUS, devem estar presentes todos os requisitos citados cumulativamente. De acordo com a última decisão:

“ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. PERÍCIA MÉDICA. IMPRESCINDIBILIDADE DEMONSTRADA.

A legitimidade passiva de todos os entes federativos para ações que envolvem o fornecimento ou o custeio de medicamento resulta da atribuição de competência comum a eles, em matéria de direito à saúde, e da responsabilidade solidária decorrente da gestão tripartite do Sistema Único de Saúde (arts. 24, inciso II, e 198, inciso I, da Constituição Federal).

O direito fundamental à saúde é assegurado nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal e compreende a assistência farmacêutica (art. 6º, inc. I, alínea d, da Lei n.º 8.080/90), cuja finalidade é garantir a todos o acesso aos medicamentos necessários para a promoção e tratamento da saúde.

Comprovada a imprescindibilidade do medicamento prescrito para o tratamento de saúde do paciente, incumbe ao Poder Público fornecê-lo, porque possui registro na ANVISA e já foram esgotadas as alternativas terapêuticas disponibilizadas pelo SUS.”<sup>161</sup>

Conclui-se que, mesmo havendo uma análise de cada caso concreto individualmente, sempre se encontram similaridades que os conectam, sendo, por exemplo, a responsabilidade e obrigação do entes em prestar serviços e realizar ações de qualidade, principalmente quando se referirem a direitos fundamentais, para que haja o devido respeito à dignidade da pessoa humana e consiga atender a necessidades básicas dos indivíduos.

---

<sup>160</sup> REsp 1.657.156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018.

<sup>161</sup> REsp 1.753.098/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 12/03/2019.



## **CONCLUSÃO**

Não há de se dizer que ativismo jurisdicional tenha lugar tão somente quando os outros poderes falham, ou sequer tenha que esperar que isso aconteça.

A função da ideologia ativista é melhorar o diálogo entre os poderes e, principalmente, impulsionar a concretização das políticas públicas de forma efetiva,

melhorando a vida dos indivíduos em sociedade. Essa ideia impulsiona o Poder Judiciário, que antes era visto como um mero reproduzidor dos atos normativos criados pelo Executivo e, principalmente, pelo Legislativo, não possuindo qualquer autonomia. Pode-se dizer que os outros Poderes traçavam o caminho que o Judiciário deveria seguir sem maiores questionamentos.

Portanto, o papel do Judiciário, dentro da separação de poderes, na maioria das doutrinas onde é aplicada, como para Nuno Piçarra e Bruce Ackerman, é primordialmente executar os freios e contrapesos, quando um dos outros Poderes está atuando de forma exacerbada, cabendo à função jurisdicional realizar esse controle.

Contudo, o Judiciário ainda não explora todas as opções de soluções quando se depara com casos onde há uma necessidade de exercer esse controle sobre a política pública e os recursos a serem aplicados, exemplos que foram citados ao longo deste trabalho, como o caso da realocação de recursos em casos de urgência e a determinação aos outros Poderes para a realização de um melhor planejamento orçamentário.

O caso não seria sempre condenar os entes federativos ao pagamentos de recursos que não estão disponíveis, tendo em vista que os problemas a serem resolvidos são muitos e os recursos a disposição não são tantos assim, mas há outros caminhos a serem estudados, e que podem levar a uma melhor satisfação ao exercício dos direitos fundamentais através das políticas públicas, desde que reconheça a ideia do ativismo jurisdicional como uma ajuda, e não como desrespeito ao princípio da separação de poderes.

Nota-se que as situações concretas inclusive são bastante corriqueiras no âmbito dos mais diferentes direitos e garantias fundamentais, de modo que a atuação ativista do Judiciário pode ser uma ideia para prevenir que isso ocorra com tanta frequência, bem como uma forma de impulsionar a atuação dos outros Poderes para que seja algo mais eficiente e satisfatório.

As atuações ativistas estão presentes em casos como do Tema 106 do Rito de Recursos Repetitivos do Superior Tribunal de Justiça, onde definiu requisitos para a concessão de medicamentos, traçando limites para a sua própria atuação, e não só para dos outros Poderes, de modo a não ferir o princípio da separação de poderes, mas sim cumprir com sua função constitucionalmente designada, a de guarda e proteção da Constituição e dos direitos fundamentais.

Casos como o RE 684.612/RJ e REsp 1.657.256/RJ, que se tornaram os *leading cases* de temas do rito de recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça, mostram como se pode ter diferentes problemas e vertentes dentro de um mesmo direito fundamental, que, nesses casos citados, seria o direito à saúde e à vida.

Já os processos REsp 1.521.326/RJ, REsp 1.732. 412/RJ e ACO 2.536/RJ, mostram casos que possuem tendência a se tornarem repetitivos também, tendo em vista a recorrência do mesmo problema em relação ao direito à moradia e ao meio ambiente equilibrado. O mesmo ocorrendo no direito à educação, usando como exemplos os casos AREsp 1.053.974/RJ, AREsp 1.411.130/RJ e REsp 1.678.888/RJ.

Entende-se que a atuação do Judiciário pode ser em casos atípicos agir impondo políticas públicas, exercendo um controle jurisdicional sobre os atos dos outros Poderes, contudo, essas situações estão deixando de serem excepcionais, afinal já existem casos e mais casos repetitivos chegando aos Tribunais superiores, gerando inclusive tese de repercussão geral.

Vê-se, assim, na ideia do ativismo, uma forma de controlar essa situação, impedindo essa judicialização em massa que busca a implementação de políticas públicas, de forma que, futuramente, os outros Poderes passem a agir de forma mais eficiente, diminuindo essa necessidade de demandar políticas estatais pela via judicial. O resultado desse ativismo é que haja uma uniformização da parte decisória, ao consolidar entendimentos, ensejando uma melhor prestação pelos outros Poderes, bem como que se diminua as demandas judicializadas nas áreas de políticas públicas.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a Nova Separação de Poderes: Entre a Interpretação da Constituição e as Modificações da Engenharia Constitucional. Revista de Processo 2014 - RePro, v. 39, p. 13-39, n. 233, 2014.

ACKERMAN, Bruce. A Nova Separação de Poderes. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político – Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático. Revista de Direito do Estado, Ano 1, p. 17-54, jul/set. 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Revista de Direito Administrativo, p. 83-103, abr/jun. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) Acessado em 26 jan 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. 1ª ed - São Paulo. Saravia, 2006.

CRISTINELIS, Marco Falcão. Políticas Públicas e Normas Jurídicas. 1ª ed – Rio de Janeiro. América Jurídica, 2012.

DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. 1ª ed - São Paulo. Atlas, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. – Rio de Janeiro. Forense, 2013.

MONTEQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo. Martins Fontes, 2000.

PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.5, pg. 62-87, Número Especial, 2015.

PETER, Christine Oliveira. Transjusfundamentalidade: Diálogos Transacionais sobre Direitos Fundamentais. Tese de Doutorado, Universidade de Brasília – UnB, Faculdade de Direito. Brasília, 2013.

PIÇARRA, Nuno. A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos. 1ª ed – São Paulo. Saraiva, 2010.

SAMPAIO, Jorge Silva. O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais. 1ª ed. – Coimbra. Coimbra Editora, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. rev. atual e ampl. – Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005.

SOARES, Hector Cury. O controle de constitucionalidade das políticas públicas no Brasil e a importação de modelos de controle de constitucionalidade pela Constituição de 1988. Revista DEBATES. Porto Alegre, v.6, n. 2, pg. 151-172, maio-ago 2012. Disponível em <<http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/26110/19977>>. Acesso em 18 mar. 2018.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006. p. 66-85.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial e Demais Direitos Fundamentais Judicializáveis. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas – coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2ª ed. – Rio de Janeiro. Forense, 2013.